
Universitas
BIBLIOTHECA
Ottaviensis



acheté a paris le 16.9.bre
1752 au prix de 2.tt 10 s

CE

L'ESPRIT

DES

DEUX ORDONNANCES

DE LOUIS XV.

SUR LES DONATIONS

ET SUR LES TESTAMENS.

L'ESPRIT

DES

DEUX ORDONNANCES

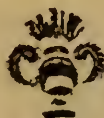
DE LOUIS XV.

SUR LES DONATIONS

ET SUR LES TESTAMENS,

Développé par la conférence de leur texte, avec celui des anciennes Ordonnances, Edits & Déclarations; enſemble, avec la Juriſprudence des différens Parlemens du Royaume & les ſentimens des Juriſconſultes.

*Par M.*** Avocat au Parlement.*



A PARIS,

Chez la Veuve ROUY, Grand-Salle du Palais, à l'Epée Royale herminée.

M. DCC. LII.

Avec Approbation & Privilége du Roy.



A MONSEIGNEUR DE MAUPEOU, PREMIER PRÉSIDENT DU PARLEMENT.

ONSEIGNEUR,

La bonté avec laquelle vous avez bien voulu agréer que cet Ouvrage parut ſous vos auſpices, m'autoriſe, en vous le préſentant, à vous rendre publiquement un hommage que je vous rends en ſecret depuis très-

long-tems. C'eſt un tribut de reconnoiſſance dont votre modeſtie peut d'autant moins s'offenſer, qu'en célébrant vos vertus, je ne ſuis que l'Echo de tout le monde.

Placé à la tête du premier Sénat du Royaume, par le choix d'un Monarque judicieux qui ſçait diſtinguer & récompenſer le mérite, tout en vous, MONSEIGNEUR, *juſtifie l'excellence de ce choix. Amour de l'ordre & de la juſtice, zèle infatigable, diſcernement profond, application continuelle, noble & facile élocution, ſage & prudente fermeté, dévoüement entier au bien public, eſprit ſolide, cœur généreux, repréſentation majeſtueuſe : tels ſont les principaux traits qui vous caractériſent, & qui vous concilient, à ſi juſte titre, l'amour & la vénération des Peuples. Qui n'y reconnoît en effet le grand Homme & le grand Magiſtrat ?*

A tant de qualités éminentes, ſe joint un avantage bien flateur pour

un pere; c'est, MONSEIGNEUR, de vous voir revivre dans un fils digne de vous.

Long tems Chef du Tribunal redoutable qui décide souverainement de la vie & de la mort des Citoyens, cette rigide mais nécessaire sévérité, dont il étoit obligé par état de s'armer contre les coupables, sembloit faire violence à la douceur naturelle de ses mœurs. Mais maintenant rendu à des fonctions moins austéres dont il partage avec vous le poids, * *il pourra désormais laisser un libre cours à cette affabilité bienfaisante qui lui est propre & qui donne encore un nouveau lustre à ses autres vertus.*

* Monsieur le Président de Maupeou vient de passer, par le décès de M. d'Aligre, du service de la Tournelle, à celui de la Grand'Chambre.

J'ai l'honneur d'être, avec un très-profond respect,

MONSEIGNEUR,

Votre très-humble & très-obéïssant serviteur .....
Avocat au Parlement.

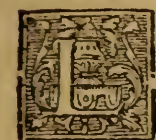
AVERTISSEMENT.

SI cet Ouvrage eſt agréé du Public, on ſe propoſe de lui donner inceſſamment la continuation du même travail, tant ſur l'Ordonnance du mois de Juillet 1737. concernant le *Faux principal & incident* & la *reconnoiſſance des Ecritures privées*, que ſur celle des *Subſtitutions*, du mois d'Août 1747.



ORDONNANCE DES DONATIONS.

PREAMBULE.



OUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A tous présens & à venir : SALUT. *La Justice devroit être aussi uniforme dans ses jugemens que la Loi est une dans ses dispositions, & ne pas dépendre de la différence des tems & des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celle des personnes. Tel est l'esprit de tous les Législateurs ; & il n'est point de Loi qui ne renferme le vœu de la perpétuité & de l'uniformité. Leur principal objet est de prévenir les procès :*

encore plus que de les terminer ; & la route la plus sûre pour y parvenir, est de faire régner une telle conformité dans les décisions, que, si les plaideurs ne sont pas assez sages pour être leurs premiers Juges, ils sçachent au moins, que dans tous les Tribunaux ils trouveront une Justice toujours semblable à elle-même par l'observation constante des mêmes régles. Mais comme si les Loix & les Jugemens devoient éprouver ce caractère d'incertitude & d'instabilité, qui est presqu'inséparable de tous les ouvrages humains, il arrive quelquefois, que, soit par un défaut d'expression, soit par les différentes manieres d'envisager les mêmes objets, la variété des jugemens forme, d'une seule Loi, comme autant de Loix différentes, dont la diversité & souvent l'opposition, contraires à l'honneur de la Justice, le sont encore plus au bien public. De-là naît en effet cette multitude de conflicts de Jurisdiction, qui ne sont formés par un plaideur

trop habile, que pour éviter par le changement de Juges, la Juriſprudence qui lui eſt contraire, & s'aſſurer celle qui lui eſt favorable; en ſorte que le fond même de la conteſtation ſe trouve décidé par le ſeul jugement qui régle la compétence du Tribunal. Notre amour pour la juſtice, dont nous regardons l'adminiſtration comme le premier devoir de la Royauté & le deſir que nous avons de la faire reſpecter également dans tous nos Etats, ne nous permettent point de tolerer plus long-tems une diverſité de Juriſprudence qui produit de ſi grands inconvéniens. Nous aurions pu la faire ceſſer avec plus d'éclat & de ſatisfaction pour nous, ſi nous avions differé de faire publier le corps des Loix qui ſeront faites dans cette vuë, juſqu'à ce que toutes les parties d'un projet ſi important euſſent été également achevées. Mais l'utilité qu'on doit attendre de la perfection de cet Ouvrage, ne pouvant être auſſi prompte que nous le deſire-

rions, notre affection pour nos Peuples, dont nous préférerons toujours l'intérêt à toute autre considération, nous a déterminés à leur procurer l'avantage présent, de profiter, au moins en partie, d'un travail dont nous nous hâterons de leur faire bientôt recueillir tout le fruit. Et nous leur en donnons comme les prémices, par la décision des questions qui regardent la nature, la forme & les charges ou les conditions essentielles des Donations: matiere qui soit par sa simplicité, soit par le peu d'opposition qui s'y trouve entre les principes du Droit Romain & ceux du Droit François, Nous a paru la plus propre à fournir le premier exemple de l'exécution du plan que nous nous sommes proposé. Avant que d'y établir des regles invariables, nous avons jugé à propos de nous faire informer, exactement par les principaux Magistrats de nos Parlemens & de nos Conseils supérieurs, des différentes Jurisprudences qui s'y obser-

vent ; & nous avons eu la ſatisfaction de voir, dans l'expoſition des moyens propres à les concilier, que ces Magiſtrats, uniquement occupés du bien de la Juſtice, nous ont propoſé ſouvent de préferer la Juriſprudence la plus ſimple & par cela même la plus utile, à celle que le préjugé de la naiſſance & une ancienne habitude pouvoient leur rendre plus reſpectable ; ou s'il y a eu de la diverſité de ſentimens ſur quelques points, elle n'a ſervi, par le compte qui nous en a été rendu dans notre Conſeil, qu'à développer encore plus les véritables principes que nous devons ſuivre, pour rétablir ſucceſſivement dans les différentes matiéres de la Juriſprudence où l'on obſerve les mêmes Loix, cette uniformité parfaite qui n'eſt pas moins honorable au Légiſlateur, qu'avantageuſe à ſes ſujets. A CES CAUSES, *&c. Nous avons dit, déclaré & ordonné ; diſons, déclarons, ordonnons & nous plaît ce qui ſuit.*

Diſtribution Générale.

POur remplir le plan que s'eſt formé le Légiſlateur dans l'Ordonnance de 1731, de fixer par une Loi certaine & immuable la variété & l'incertitude de la Juriſprudence ſur les plus grandes & les plus importantes queſtions auſquelles les Donations peuvent donner lieu; il s'eſt propoſé ſix objets principaux à examiner.

1°. La forme extérieure de l'Acte de Donation; ce que les Loix & les Juriſconſultes appellent *l'Inſtrument* de la Donation, *Inſtrumentum Donationis.*

2°. La néceſſité de *l'Acceptation* de la part du Donataire.

3°. La néceſſité de la *Tradition* des choſes données.

4°. Les régles & la néceſſité de *l'Inſinuation.*

5°. Le retranchement des Donations pour raiſon de la *Légitime.*

6°. La *Révocation* de la Donation par la ſurvenance d'enfans.

Ces ſix objets feront la matiére des ſix Titres ſous leſquels on a raſſemblé tous les Articles de l'Ordonnance.



TITRE PREMIER.

De l'Inſtrument de la Donation.

LEs vices qui peuvent ſe rencontrer dans *l'Inſtrument* ou forme extérieure de l'Acte de Donation, ſont les premiers qui frappent la vuë ; c'eſt pourquoi l'Ordonnance commence par régler cette forme extérieure. Elle preſcrit dans les Articles I. & II. les formalités qui y ſont néceſſaires ; & par une conſéquence de l'établiſſement de ces formalités, elle abroge dans les Articles III. & IV. une eſpéce de Donation amphibie, connue dans le Droit Romain ſous le nom de Donation à cauſe de mort, qui tenoit moitié de la Donation entre-vifs, moitié du Teſtament, & que

que quelques Juriſconſultes vouloient affranchir des formalités de l'un & de l'autre. Telle eſt la matiére des quatre Articles qui compoſent ce premier Titre.

ARTICLE PREMIER.

Tous Actes portant Donation entre-vifs, ſeront paſſés pardevant Notaires, & il en reſtera Minuttes, à peine de nullité.

Seront paſſés pardevant Notaires.

Les Auteurs avoient été, juſqu'à notre Ordonnance, partagés ſur la queſtion de ſçavoir ſi une Donation faite ſous ſeing privé étoit valable, ou non. Les uns croyoient qu'il n'étoit pas beſoin que la Donation fut faite pardevant Notaire, d'autant qu'aucune de nos Loix ne le requiert, mais qu'il ſuffiſoit qu'elle fut ſignée du Donateur & du Donataire, pourvû cependant que la donation fut inſinuée avant la derniere maladie du Donateur. Dupleſſis ſur Paris, *Titre des Donations*, *Liv.* 2. *Sect.* 5. ſemble incliner pour cet avis.

D'autres, à la tête deſquels on peut mettre Ricard (*a*), étoient d'un avis contraire. Ils pen-

(*a*) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 4. Sect. 2. N°. 881.

ſoient que comme les Donations ſous ſeing privé, n'ont aucune datte certaine, & que tous les Actes emportant hypotheques faits poſtérieurement, y ſont préférables, elles tomboient dans l'inconvénient de la régle *donner & retenir*, ſi elles demeuroient en cet état juſqu'au jour du décès du Donateur, parce qu'il auroit toujours conſervé par ce moyen la liberté de faire qu'elles ne ſubſiſtaſſent plus. L'inſinuation faite même avant la mort du Donateur ne pouvoit pas parer cet inconvénient; parce que le Regiſtre des Inſinuations peut bien faire foi que la Donation a été inſinuée, mais non pas prouver la vérité de la Donation : autrement il n'y auroit rien de plus facile que de ſuppoſer de fauſſes Donations ſelon la remarque judicieuſe de Ricard. Il eſt vrai que pour autoriſer ce dernier ſentiment, on ne rapportoit aucun texte formel de Loi, ni de Coutume. On auroit pu cependant tirer quelque avantage de l'Article CXXXIII. de l'Ordonnance de 1539. & de la Déclaration rendue ſur cette même Ordonnance au mois de Février 1549. qui veulent que quand la Donation eſt commencée en l'abſence du Donataire, l'acceptation ſoit faite par lui en préſence de *perſonnes publiques & de Témoins, ou de deux Notaires;* d'où il ſemble que l'on peut conclure indirectement que toutes Donations doivent être paſſées pardevant Notaires & perſonnes publiques. Mais pour trancher tout doute & toute difficulté, la préſente Ordonnance en a fait une Loi préciſe, entendant que dorénavant, *tous Actes portant Donation entre-vifs, ſeront paſſés pardevant Notaires.*

Et il en reſtera minutte à peine de nullité.

Cette ſeconde diſpoſition eſt une ſuite néceſſaire de la premiere ; car en vain auroit-on ordonné que les Donations ſeroient faites devant Notaires, ſi on n'eut en même tems ſtatué qu'il en reſteroit minutte, pour en conſerver la preuve à l'abri de toute atteinte dans un dépôt public. En effet, il ſeroit toujours au pouvoir des parties d'anéantir la Donation quand elles le jugeroient à propos, ſi elle n'étoit qu'en brevet, ou ſi il leur étoit permis d'en retirer la minutte des mains du Notaire ; ce qui ſeroit d'ailleurs directement contraire à l'eſſence & à la nature de la Donation entre-vifs, dont le caractére principal & diſtinctif eſt d'être irrévocable.

On ne pourroit même à préſent avoir égard à l'ouverture propoſée par Ricard, de faire une Donation ſous ſeing privé, & la dépoſer enſuite chez un Notaire, quand bien même il reſteroit minutte de l'Acte de dépôt. Car quoique cet expédient ſemble remédier à tout inconvénient, l'article préſent ne peut s'exécuter par équipolance ; il eſt impératif & contient un commandement abſolu : *Tous Actes portant Donations entre-vifs, ſeront paſſés pardevant Notaires, & il en reſtera minutte à peine de nullité.*

ARTICLE II.

Les Donations entre-vifs ſeront faites dans la forme ordinaire des

Contrats & Actes passés pardevant Notaires, & en y observant les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes Loix, coutumes & usages des Pays, soumis à notre domination.

Les Donations entre-vifs, seront faites dans la forme ordinaire des Contrats & Actes passés devant Notaires.

C'est-à-dire, que les Donations doivent être passées pardevant deux Notaires, ayant pouvoir & caractére sur les lieux, ou pardevant un Notaire & deux Témoins; qu'elles doivent être signées des deux Notaires, ou du Notaire & des deux Témoins, ainsi que du Donateur & du Donataire; & si l'un d'entr'eux, soit le Donateur, soit le Donataire, ne sçait signer, l'Acte doit contenir déclaration expresse de leur part, qu'ils n'ont pû signer *de ce interpellés*, à peine de nullité. Toutes ces formalités sont généralement de tous les Contrats. Mais il y a cette différence entre les Donations entre-vifs & les autres Contrats, que les premieres étant passées pardevant Notaires, non ayant pouvoir, comme devant un Notaire Royal, hors son ressort, (s'il n'étoit instrumentant par tout le Royaume,) ou autre Notaire subalterne dans le ressort duquel les deux Contractans ne seroient

point domiciliés, elles sont absolument nulles; au lieu que les autres Contrats dans cette même espéce, ne sont point tout-à-fait nuls, mais valent comme Actes sous signatures privées. (*a*)

Cependant Ricard est d'un avis contraire : il n'estime pas qu'une Donation dût être nulle par cette seule considération, qu'elle seroit passée par un Notaire hors de son ressort, & voici qu'elle est la raison de son sentiment. *Je ne crois pas*, dit-il, (*b*) *que nous devions traiter cette matière des Donations avec tant de rigeur que celle des Testamens, en laquelle nos Coutumes désirant expressément que le Testament soit reçu pardevant un Notaire, il est absolument nécessaire que le Notaire instrumente dans l'étendue de son ressort, sinon l'Acte demeureroit sans effet, parce que le Notaire n'a point de pouvoir ni de caractère hors la jurisdiction en laquelle il a été immatriculé; & ainsi la Loi s'étant particuliérement attachée à la qualité du Notaire, il y a raison de se persuader qu'elle n'a considéré que ceux qui avoient ce titre dans le lieu dont elle a voulu parler; ce qui ne peut pas être étendu aux Donations entre-vifs; parce que nos Coutumes n'ayant pas imposé l'obligation de les passer pardevant des Notaires, la résolution que nous prenons que la Donation doit leur être déposée entre les mains, n'est fondée que sur les conséquences, & pour faire que le Public ait une assurance du jour que la Donation a été passée.*

(*a*) Chopin sur ce Titre, n°. 18.
Brodeau sur Louet lettre N. sommaire 10.
Duplessis sur ce Titre, sect. 6.

(*b*) Ricard des Donations I. part. Chap. 6. sect. prem. n°. 886.

Tels ſont les motifs de l'avis de Ruard.

Mais quand bien même l'autorité d'un Juriſconſulte auſſi profond ſur cette matiere, ſeroit capable de faire valider les Donations de cette eſpéce faites avant la préſente Ordonnance, elle ſeroit inſuffiſante pour faire valoir celles qui auroient pu être faites depuis; & cela en ſuivant le propre raiſonnement de cet Auteur célébre. Car tout ſon ſiſtême n'eſt appuyé que ſur ce qu'il n'y avoit de ſon tems aucune obligation *expreſſe*, impoſée ni par la Coutume, ni par les Ordonnances, de faire les Donations pardevant Notaires, & que cette formalité n'avoit été introduite dans l'uſage que par rapport aux conſéquences; mais aujourd'hui il n'en eſt plus de même. L'Ordonnance de 1731. en fait une Loi *expreſſe*. Et l'Article I. de cette Ordonnance n'aſſujettit pas moins *expreſſément* les Donations à être faites devant Notaires, que la Coutume y aſſujettit les Teſtamens. Par conſéquent ſi les Teſtamens ne peuvent être reçus, de l'aveu même de Ricard, que par des Notaires ayant caractére dans le lieu où ils les reçoivent; de même les Donations ne peuvent depuis l'Ordonnance de 1731. être faites devant des Notaires hors leur reſſort, en ſuivant les principes même de ce Docteur; puiſque ſelon lui-même, des Notaires hors leur reſſort ſont des perſonnes privées.

ARTICLE III.

Toutes Donations à cauſe de mort, à l'exception de celles qui ſe feront

par Contrat de Mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet dans les pays même où elles ſont expreſſément autoriſées par les Loix, ou par les Coutumes, que lorſqu'elles auront été faites dans la même forme que les Teſtamens, ou les Codiciles; en ſorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos Etats que deux formes de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, dont l'une ſera celle des Donations entre-vifs, & l'autre celle des Teſtamens ou des Codiciles.

Toutes Donations à cauſe de mort ne pourront avoir aucun effet, que lorſqu'elles auront été faites dans la même forme que les Teſtamens & Codiciles.

Cette diſpoſition termine une grande queſtion long-tems agitée au Barreau, & qui a eu des partiſans diſtingués pour & contre juſqu'à la publication de cette Ordonnance. Les uns ſoutenoient qu'il n'y avoit point, (du moins dans la France Coutumiére,) de Donations à cauſe de mort diſtinctes des Teſtamens, par conſéquent qu'elles ne pouvoient

valoir qu'autant qu'elles étoient revêtues de toutes les formalités nécessaires aux Testamens. D'autres prétendoient au contraire que les Donations à cause de mort, étoient admises même dans la France Coutumiére, & qu'elles se faisoient suivant la forme ordinaire des Contrats, c'est-à-dire, pardevant deux Notaires. Ceux qui étoient de cette derniére opinion, invoquoient en leur faveur l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris, qui admet littéralement des Donations à cause de mort & Testamentaires dans certains cas ; d'où ils concluoient que les réformateurs de la Coutume, qui ont ajouté cet article, bien loin de parler des Donations à cause de mort au cas mentionné en cet Article, auroient dit au contraire en ce cas que telles Donations sont nulles, s'ils n'avoient pas reconnu leur existence distincte & séparée des autres dispositions gratuites.

Ils appuyoient encore leur sentiment sur différens Arrêts. Le premier est de 1568. rapporté par le Vert, *Chapitre 91.* appellé l'Arrêt de Thioust, par lequel une Donation faite à cause de mort, fut confirmée, & ils assuroient que c'est sur cet Arrêt que les réformateurs de la Coutume se sont fondés lorsqu'ils ont ajouté l'Article CCLXXVII. à la réformation de l'ancienne Coutume. Le second est du 20 Mars 1608. rendu en l'Audience de la Grand'Chambre. Le troisiéme est du 4 Janvier 1643. rendu en la quatriéme Chambre des Enquêtes. Ces deux derniers Arrêts sont cités par Brodeau sur M. Louet, *lettre D. Chapitre 10.*

Ceux qui vouloient au contraire qu'il ne

pût y avoir de Donations à cause de mort valables, qu'autant qu'elles seroient revêtues de toutes les formalités des Testamens, (a) se fondoient principalement sur ce que, si on admettoit des Donations à cause de mort dénuées de toutes les formalités des Testamens, ce seroit un moyen infaillible pour éluder la Loi & pour autoriser la suggestion qu'elle a tant pris soin d'empêcher en établissant les formalités des Testamens. Et en effet comme il est bien plus facile de surprendre de nous un Testament qui ne fait tort qu'à nos héritiers, qu'une Donation entre-vifs, par laquelle nous nous dépouillons nous même de notre vivant; les Loix ont voulu, par les solemnités qu'elles ont prescrites pour les Testamens, en obligeant le Testateur d'écrire sa volonté de sa main ou de la dicter & d'en entendre la lecture réitérée, lui donner sujet de faire une plus mure réflexion sur ce ce qu'il fait, puisque son intérêt ne l'y oblige pas si particuliérement dans ce cas que lorsqu'il s'agit de signer une Donation entre-vifs. Or voulant faire un Testament suggéré ou surprendre le Testateur, on n'auroit qu'à donner à l'Acte la forme d'une Donation à cause de mort, qui dispenseroit des formalités des Testamens & qui auroit cependant le même effet : si de pareilles Actes avoient lieu, il faudroit entiérement abolir toutes les sages précautions de la Loi dans l'institution des formalités des Testamens.

Les Jurisconsultes qui sont de cette der-

(a) Ricard des Donations, Part. I. chap. 2. n°. 43. & suivans.
Duplessis sur Paris des Donations. Liv. 2. sect. 1.

niere opinion, alléguoient auſſi en leur faveur pluſieurs Arrêts, l'un du 21 Février 1639; un autre rendu en la Coutume de Vitry, en la Grand'Chambre le 9 Janvier 1639. rapporté dans le Journal du Palais, Part. III. pag. 241. & un troiſiéme enfin du 8 Février 1668. recueilli dans le troiſiéme tome du Journal des Audiences.

La nouvelle Ordonnance s'eſt déclarée pour ce dernier ſentiment, (qui à la vérité a toujours été le plus accrédité,) en ordonnant que toutes *Donations à cauſe de mort ne pourront dorénavant avoir aucun effet, ... que lorſqu'elles auront été faites dans la même forme que les Teſtamens ou les Codiciles; en ſorte qu'il n'y ait à l'avenir que deux formes de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, dont l'une ſera celle des Donations entre-vifs, & l'autre celle des Teſtamens ou des Codiciles.*

Dans les Pays même où elles ſont expreſſément autoriſées pas les Loix & par les Coutumes.

Avant la nouvelle Ordonnance toutes les Provinces qui ſuivent le Droit écrit, & même quelques Coutumes voiſines, comme celles d'Auvergne, Article XXXVIII. Chap. 14. admettoient expreſſémenr des donations à cauſe de mort diſtinctes des Teſtamens & Codiciles.

Ces Donations à cauſe de mort, ſuivant le Droit Romain, n'étoient point différentes des diſpoſitions teſtamentaires, quant à ce qui eſt de plus eſſentiel à l'une & à l'au-

tre. (*a*) Car les unes & les autres étoient révocables jusqu'au dernier moment de la vie du Donateur ou du Testateur, & ne commençoient à avoir leur plein & entier effet qu'après sa mort & contre ses héritiers.

A l'égard de la forme, (*b*) les Donations à cause de mort avoient cette conformité, par le Droit Romain, avec les Testamens & les Codiciles, qu'elles pouvoient être faites aussi bien par écrit que sans écrit. Mais il y avoit cette différence entre ces trois Actes, qu'au lieu que pour rendre les Testamens solemnels, ils devoient être faits en présence de sept témoins appellés & pris pour cet effet, il suffisoit, à l'égard des Donations à cause de mort & Codiciles, qu'il s'y fut rencontré cinq témoins, bien qu'ils s'y fussent trouvés sans en avoir été requis; pourvû cependant qu'ils y eussent été présens en même tems, & qu'ils eussent souscrit, dans le cas où l'Acte auroit été rédigé par écrit.

Le Codicile & la Donation à cause de mort, avoient aussi entr'eux cette différence, (*c*) qui leur servoit de distinction, que le Codicile étoit la volonté d'une seule personne, au lieu que la Donation à cause de mort ne se pouvoit faire sans stipulation & sans le concours de deux volontés: & en conséquence il étoit nécessaire que la Donation fut suivie d'acceptation de la part du Donataire. *Nam mortis causâ donatur, quod presens presenti dat*, dit la Loi, *inter 38. dig. de mort. caus. donat.*

(*a*) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 2. n°. 19.
(*b*) Idem. n°. 23.
(*c*) Idem. n°. 24.

Cette espéce de Donation n'est même depuis long-tems presque plus d'aucun usage dans les Pays de Droit écrit, si ce n'est dans le cas qui suit : (*a*) quand un mari & une femme du Pays de Droit écrit, se donnoient quelque chose durant leur vie, la Donation étoit réputée à cause de mort, quoiqu'elle fut accompagnée de toutes les formalités d'une Donation entre-vifs en cette qualité ; & si elle n'étoit pas révoquée, & que le Donataire eut survêcu le Donateur, alors elle étoit valable.

C'est aussi le peu d'usage & le peu de nécessité de ces sortes de Donations qui ont déterminé le Législateur à les abolir, même dans les Pays où elles sont expressément autorisées par les Loix & les Coutumes, suivant le Plan général que le Prince s'est fait, d'établir, autant qu'il seroit possible, une simplicité uniforme de Loi dans tous ses Etats.

A l'exception de celles qui se feront par Contrat de mariage.

Le lien Conjugal est le nœud & le soutien de la société Civile ; c'est pourquoi les Législateurs ont toujours eu grand soin d'y inviter les hommes, en exemptant les Contrats de mariage des régles générales, & en y autorisant toutes sortes de clauses, pourvû qu'elles ne soient pas contraires au bien public & aux bonnes mœurs. Nous en trouverons plus d'un exemple dans cette Ordonnance.

(*a*) L. 11. ff. de *Donation. inter vir. & uxor.*

ARTICLE

ARTICLE IV.

Toute Donation entre-vifs, qui ne seroit valable en cette qualité, ne pourra valoir comme Donation ou disposition à cause de mort, ou Testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue.

Toute Donation entre-vifs, &c.

Cet Article introduit sur ce point un Droit nouveau : car tous les Auteurs, mêmes ceux qui n'admettent d'autres Donations à cause de mort, que celles qui sont revêtus de toutes les formalités des Testamens, pensent, d'après l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris, que les Donations entre-vifs faites par un homme malade de la maladie dont il meurt, ne pouvant valoir comme Donation entre-vifs, sont réputées à cause de mort & Testamentaires, & par conséquent sont valables si elles sont revêtues de toutes les formalités prescrites pour les Testamens; c'est-à-dire, que si ces Donations revêtues des formes des Testamens n'excédent point ce dont il est permis de disposer par Testament, elles sont valables pour le tout; & si elles excédent, elles sont réductibles à ce dont il est permis de disposer par Testament.

Mais le present Article a dérogé en cela à l'Article CCLXXVII. de la Coutume de

Paris, qui porte précisément que *toutes Donations, encore quelles soient conçues entre-vifs faites par personnes gissans au lit malades, de la maladie dont ils décedent, sont réputées faites à cause de mort & Testamentaires*; d'où il suit que ces Donations étoient autrefois valables, comme Donations à cause de mort, suivant le sentiment des Jurisconsultes, si on y avoit observé les formalités des Testamens. Mais dorénavant *toutes Donations entre-vifs qui ne seront valables en cette qualité*, (comme si elles étoient faites par quelque personne malade, de la maladie dont elle est ensuite décédée,) *ne pourra valoir comme Donation ou disposition à cause de mort ou Testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue*; c'est-à-dire, quand bien même elle seroit revêtue des formalités des Testamens.

Néanmoins je pense qu'il pourroit encore y avoir un cas où l'on pourroit concilier le présent Article avec l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris. Si, par exemple, un homme gissant au lit malade, de la maladie dont il seroit ensuite décedé, avoit fait une Donation qualifiée entre-vifs, mais qui auroit tous les caractéres d'une libéralité Testamentaire, comme d'être révocable *ad nutum*, & qui d'ailleurs seroit revêtue de toutes les formalités des Testamens, je crois qu'une telle Donation n'ayant contr'elle qu'une fausse dénomination d'entre-vifs mais étant bien réellement & en soi une disposition de derniere volonté, devroit avoir son entiére exécution, conformément à l'Article CCLXXVII. de la Coutume, sans qu'on lui pût appliquer l'Article IV. de notre Ordonnance.

TITRE SECOND.

De l'Acceptation.

APrès avoir ſtatué ſur la forme extérieure de la Donation entre-vifs, l'Ordonnance paſſe à ſa forme intérieure, c'eſt-à-dire, aux ſolemnités qui ſont requiſes pour ſa validité.

Ces ſolemnités ſont au nombre de trois, *l'Acceptation*, la *Tradition* & *l'Inſinuation.* Mais quoique toutes trois abſolument néceſſaires, la premiere & la plus eſſentielle, eſt ſans contredit *l'Acceptation*, puiſque la Donation n'eſt autre choſe qu'une libéralité faite, ſans aucun engagement civil, à une perſonne qui *accepte* cette libéralité. *Donatio eſt liberalitas, nullo jure cogente, in conſentientem collata.*

La néceſſité de l'Acceptation eſt

conſtante ſuivant la Juriſprudence univerſelle de tous les Parlemens du Royaume. Elle eſt même directement établie par nos Ordonnances. Celle de 1539. après avoir, dans l'Art. CXXXII. fait une Loi expreſſe de l'inſinuation pour les Donations faites en préſence des Donataires & par eux *acceptés*, ordonne, Article CXXXIII. quant à celles qui auroient été faites en l'abſence des Donataires, *qu'elles commenceront leur effet du tems qu'elles auront été acceptées par les Donataires, en préſence des Donateurs & des Notaires, à peine de nullité.*

La Déclaration rendue ſur cette Ordonnance au mois de Février 1549. enregiſtrée le 4 Mars ſuivant, confirme encore cette néceſſité *d'Acceptation* de la part des Donataires, pour opérer la validité des Donations entre-vifs, quoiqu'elle ait modéré la rigueur de l'Ordonnance de 1539.

en ce point. Car l'Art. CXXXIX. de cette Ordonnance, vouloit que quand les Donations avoient été faites à des perſonnes abſentes, les Donataires fuſſent tenus de les accepter *en préſence du Donateur* & des Notaires, à peine de nullité. Mais la Déclaration de 1549. a décidé qu'ils pourroient les accepter *en l'abſence du Donateur*, pourvû que ce fut de ſon vivant, & en préſence de perſonne publique & témoins, ou de deux Notaires, & que l'Acte d'Acceptation fut inſeré dans l'Acte de Donation.

Le Droit Romain n'eſt pas moins formel ſur la néceſſité de *l'Acceptation* de la part des Donataires, que nos Ordonnances. Les Donations entre-vifs y ont toujours été miſes au rang des Contrats ſynallagmatiques, qui ne ſont parfaits entre les Parties contractantes, que quand leurs volontés ont concouru & ſont engagées également. *In*

omnibus rebus quæ dominium transferunt concurrere oportet effectus ex utrâque parte contrahentium : nam sive ea venditio, sive Donatio, sive aliqua causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consensit, perduci ad effectum, in quod inchoatur non potest. L. In omnibus 55. *ff. de Actionib. & obligat.*

A l'égard de l'ordre des dispositions de notre Ordonnance qui ont rapport à ce Titre, les Articles V. & VI. prescrivent comment *l'Acceptation* doit être faite en général par ceux qui jouissent de leurs droits; l'Article VII. comment elle doit être faite pour les mineurs; l'Article VIII. comment pour les Hôpitaux, Hôtels-Dieu & Paroisses; l'Article IX. comment pour les femmes mariées; les Articles XI. & XII. comment pour les enfans nés & à naître. Les Articles X. & XIII. contiennent quelqu'exception en faveur des Donations

faites par Contrat de mariage. Enfin l'Article XIV. assujettit à la nécessité de l'Acceptation, même les mineurs & autres qui jouissent de leurs priviléges sans espérance de restitution.

Article V.

Les Donations entre-vifs, même celles qui seroient faites en faveur de l'Eglise, ou pour causes pies, ne pourront engager le Donateur, ni produire aucun autre effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le Donataire ou par son Procureur Général, ou spécial, dont la procuration demeurera annexée à la minutte de la Donation; & en cas qu'elle eut été acceptée par une personne qui auroit déclaré se porter fort pour le Donataire absent, ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse que ledit Donataire en aura faite par

Acte passé pardevant Notaires, duquel Acte il restera minutte. Deffendons à tous Notaires & Tabellions, d'accepter les Donations comme stipulans pour les Donataires absens, à peine de nullité desdites stipulations.

Les Donations entre-vifs ne pourront engager le Donateur, que du jour qu'elles auront été acceptées par le Donataire.

Les Donations entre-vifs sont des Contrats synallagmatiques. Par conséquent pour les perfectionner, il faut nécessairement le concours de deux volontés; sçavoir, celle du Donateur qui fait la libéralité, & celle du Donataire qui l'accepte. Jusqu'à ce que le Donataire ait accepté, le Contrat est imparfait; le Donateur peut changer de volonté & révoquer son bienfait. Mais aussi tôt que l'acceptation est intervenue, le Donateur est lié, sa foi est engagée, & il peut être contraint de faire la délivrance de la chose donnée; parce qu'ayant une fois déclaré qu'il donnoit, & sa déclaration étant scellée d'une acceptation, il est tenu de délivrer ce qu'il a promis; puisque sans cette tradition il n'y a point de Donation. *Sed & si quis faciat Donationem sive bessis, sive dimidiæ partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcumquæ vel*

etiam

etiam totius, coerceat Donatorem, tantum quantum donavit, prestare. Leg. si quis argentum 35. §. sed & si quis. Cod. de donat.

La Coutume de Châlons a une disposition toute semblable, Art. VICXLI. Elle porte que le *Donataire peut agir par action personnelle à l'encontre du Donateur vivant, afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée. Et si le Donateur mouroit en la possession de la chose donnée avant l'action intentée, telle Dotion ne vaut aucunement, & ne peut le Donataire agir en vertu d'icelle personnellement, ni autrement à l'encontre de l'héritier.*

Ou par son Procureur Général ou Spécial.

Quelques Auteurs ont prétendu qu'une Procuration générale étoit insuffisante, & que le Procureur devoit être fondé d'une Procuration spéciale; qu'autrement la Donation étoit nulle, (*a*) parce que l'Acceptation doit être expresse de la part du Donataire, & qu'une Procuration générale de sa part n'explique pas suffisamment, selon eux, cette volonté expresse d'accepter la Donation. Mais notre Ordonnance l'a décidé autrement, & se contente d'une Procuration, soit générale, soit spéciale.

Ni produire aucun autre effet que du jour, &c.

L'Acceptation est de l'essence intrinseque de

(*a*) Duplessis sur Paris, des Donations, Liv. 2. sect. 3.

la Donation entre-vifs, ſuivant ſa propre définition. *Donatio eſt liberalitas, nullo jure cogente, in conſentientem collata.* Ainſi par une conſéquence néceſſaire, une Donation entre-vifs dénuée d'Acceptation, non ſeulement ne peut engager le Donateur : mais bien plus étant radicalement nulle en elle-même, elle ne peut produire aucun effet.

Même celles qui ſeroient faites en faveur de l'Egliſe ou pour cauſes pies.

Rien n'eſt ſi favorable que les libéralités faites en faveur de l'Egliſe & pour cauſes pies. Mais la formalité de l'Acceptation eſt ſi eſſentielle à la Donation entre-vifs, que ni l'Egliſe, ni les mineurs n'ont point été exemptés à cet égard de la rigueur des Ordonnances. Il y a même contre l'Egliſe un Arrêt ſolemnel, prononcé en Robbes rouges le 7 Septembre 1638. Néanmoins la Peyrere croit que les Donations faites à l'Egliſe & aux mineurs, ne peuvent être révoquées, & que le Donateur peut être contraint, pendant toute ſa vie, d'aſſiſter à l'Acceptation ; & l'uſage du Parlement de Toulouſe y eſt conforme. Mais l'uſage général par tout ailleurs & le ſentiment unanime de tous les Juriſconſultes, y ſont contraires, avec d'autant plus de raiſon, que nos anciennes Ordonnances n'ont excepté, ni l'Egliſe, ni les cauſes pies d'une ſolemnité auſſi néceſſaire qu'eſt l'acceptation ; & pour ôter à l'avenir juſqu'au moindre ombre de

(a) La Peyrere let. D. nomb. 93.

doute ſur ce point, notre Ordonnance les y aſſujettit nommément.

Et en cas qu'elle eut été acceptée par une perſonne qui auroit déclaré ſe porter fort pour le Donataire abſent, ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification que ledit Donataire en aura faite.

La Donation étant un Contrat obligatoire entre le Donateur & le Donataire, l'Acceptation doit être faite par le Donataire en perſonne, ou du moins par ſon fondé de Procuration; l'Acceptation d'un tiers ſans pouvoir, eſt incapable de faire valoir la Donation, à moins qu'elle ne ſoit ratifiée par le Donataire du vivant du Donateur; car ſi cette acceptation d'un tiers n'étoit point ratifiée par le Donataire du vivant du Donateur, la Donation ſeroit nulle par le défaut d'Acceptation.

Par Acte paſſé pardevant Notaires, duquel Acte il reſtera minutte.

L'Acceptation ne formant qu'un ſeul & même Contrat avec la Donation dont elle eſt une partie néceſſaire, elle doit par conſéquent être auſſi conſtante & auſſi ſolemnelle que la Donation même. Or la préſente Ordonnance veut, Article I. que toute Donation entre-vifs, ſoit paſſée pardevant Notaire avec minutte. Donc la ratification que fait le

Donataire de l'acceptation d'un tiers, équivalant a l'acceptation qu'il auroit pu faire lui-même, ou pour parler plus juste, cette ratification étant la seule & véritable acceptation, elle doit être faite d'une maniére aussi authentique que la Donation, c'est-à-dire, pardevant Notaire avec minutte : ce qui prouve que cette disposition de l'Article V. est une suite & une conséquence de l'Article premier.

Deffendons à tous Notaires & Tabellions d'accepter les Donations comme stipulant pour les Donataires absens, à peine de nullité desdites stipulations.

Dans le Droit Romain les Esclaves pouvoient acquérir pour leur maître, & par conséquent ils pouvoient accepter pour leur maître les Donations faites en sa faveur. Dans la suite on choisit exprès parmi les serfs certains Esclaves pour en faire des Notaires qui devenoient Esclaves publics, & par cette qualité capables d'acquérir pour tous les absens, à l'*instar* des serfs particuliers qui pouvoient acquérir pour leur maître. C'est de-là que les Notaires, parmi les Romains, avoient droit & qualité pour accepter les Donations faites aux absens.

Mais on ne peut faire aucune application de tout ceci dans notre usage, même en Pays de Droit écrit. Car, comme l'observe très-bien Ricard, (*a*) nous n'avons point d'Esclaves

(*a*) Ricard ibidem, n. 866.
La Peyrere l. D. n°. 93.

parmi nous, qui acquiérent en nos noms comme faisoient les Romains, & nos Notaires sont personnes libres; de sorte que ces Notaires n'ayant aucune qualité particuliére pour acquerir au nom d'autrui, il s'ensuit qu'ils sont entiérement incapables de stipuler & d'accepter en faveur des autres. D'ailleurs nous avons un Texte formel d'Ordonnance qui le décide ainsi. C'est l'Article CXXXIII. de l'Ordonnance de 1539. dont voici les termes. *Et quant aux Donations qui auroient été faites en l'absence des Donataires, les Notaires stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du jour qu'elles auront été acceptées, autrement elles seront réputées nulles.* Donc, sans l'Acceptation du Donataire, la stipulation & l'acceptation du Notaire étoient inutiles & illusoires suivant cette Ordonnance.

Neanmoins l'Auteur des Additions sur Ricard, prétend qu'au Pays d'Artois les Donations sont bonnes, quoiqu'elles ne soient acceptées que par les Notaires; & il ajoute que pour prouver cet usage, on a rapporté plusieurs Actes de Notoriété qui ont servi de fondement a un Arrêt rendu en la troisiéme Chambre des Enquêtes au rapport de M. le Boindre; Arrêt que cet Auteur n'a point datté. Si cet usage singulier a été jusqu'à présent autorisé dans l'Artois, c'est sans doute parce qu'il n'étoit point sous la domination Françoise lorsque l'Ordonnance de 1539. a été rendue, & que lors de la réunion de cette Province à la Couronne de France, le feu Roi a bien voulu conserver à ces peuples leurs usages & priviléges. Mais l'Ordonnance de 1731. ne contenant aucune réserve en

leur faveur, il est certain qu'à présent leur usage prétendu doit céder à l'empire de la Loi.

ARTICLE VI.

L'Acceptation de la Donation sera expresse, sans que les Juges puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendroit induire une Acceptation tacite ou présumée; & ce, quand même le Donataire auroit été présent à l'Acte de Donation & qu'il l'auroit signé, ou quand il seroit entré en possession des choses données.

L'Acceptation de la Donation sera expresse, sans que les Juges puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendroit induire une Acceptation tacite ou présumée.

Dans le Droit Romain, il n'est pas nécessaire que l'Acceptation soit faite en termes formels : elle peut se suppléer par équipollence; d'autant que c'est une maxime générale établie par plusieurs Loix, que celui qui agrée par effet, est réputé avoir suffisamment con-

firmé & accepté ce qui a été fait en sa faveur, quoiqu'il n'ait rédigé aucun Acte par écrit de son Acceptation. *Paulus respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. Leg. Paulus 5. D.*

Mais notre Jurisprudence françoise, suivie par nos meilleurs Jurisconsultes, n'admet point cette équipollence, & veut que les Donations soient acceptées expressément & en termes formels par le Donataire. Nous trouvons un premier Arrêt rendu au rapport de M. Marion le 24 Mars 1603, après avoir demandé l'avis de toutes les Chambres & prononcé en Robes rouges à la Nôtre-Dame de Septembre suivant, par lequel il a été jugé que l'insinuation qui avoit été faite d'une Donation, n'étoit point capable de supléer au défaut d'Acceptation, même en faveur d'un mineur. Un autre Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit au rapport de M. Hasté, au mois d'Août 1614. a de même déclaré nulle une Donation qui avoit été acceptée par Procureur seulement & insinuée, quoique depuis l'Insinuation elle eut été acceptée en présence des parties, & que le Donateur eut obligé tous ses biens à la garantie de la Donation. Enfin un troisiéme Arrêt prononcé en Robes rouges le 7 Septembre 1617. a aussi cassé, faute d'Acceptation expresse, une Donation faite par Me Guillaume Aubert, Conseiller au Siége Présidial, & Doyen de l'Eglise de Saint Pierre de Poitiers, quoique le Donateur l'eut fait insinuer en présence de la Donataire. Ce dernier Arrêt a été à la vérité rapporté comme contraire par M. de Montholon, Chapitre CXXIX. Mais son erreur

a été relevé par Brodeau ſur Louet let. D. n°. 4.

C'eſt d'après cette Juriſprudence que la plûpart de nos meilleurs Auteurs ont décidé que l'Acceptation du Donataire devoit être exprimée par ce mot *acceptant*, & qu'autrement elle ne pouvoit ſe ſuppléer par les circonſtances. L'Article VI. de notre Ordonnance n'a donc fait que confirmer ce qui eſt depuis long tems pratiqué.

Et ce, quand même le Donataire auroit été préſent à l'Acte de Donation & qu'il l'auroit ſigné.

Cette diſpoſition eſt conforme à un Arrêt rendu en la ſeconde Chambre des Enquêtes au rapport de M. Menardeau le 30 Avril 1633, qui a infirmé une Donation, ſur ce qu'en la minutte il n'y avoit que le mot *préſent*; le mot *acceptant* avoit été obmis dans la minutte, mais il ſe trouvoit dans la groſſe, & d'ailleurs le Donataire avoit ſigné la minutte. La Cour néanmoins jugea qu'il n'étoit pas au pouvoir du Notaire d'étendre en la groſſe une clauſe ſubſtantielle du Contrat, & que la préſence du Donataire dans l'Acte, ni ſa ſignature n'étoient point capables de ſuppléer le défaut d'Acceptation.

Ricard a beaucoup de peine à ſe rendre à la déciſion de cet Arrêt. (*a*) Il eſtime que la ſignature du Donataire eſt une preuve infaillible que le Donataire a la gratification qui

(*a*) Ricard des Donations p. 1. Chap. 14. ſect. 1. n. 840.

lui eſt faite, pour agréable ; puiſque, ſuivant les maximes les plus communes, nous prenons une ſignature ſans proteſtation pour un acquieſcement & une acceptation ſuffiſante de l'Acte auquel elle eſt appoſée. Il va même juſqu'à dire qu'une telle ſignature eſt une acceptation ſi formelle de la Donation, que ſi elle étoit à charge & conditionelle, le Donataire ne ſeroit pas recevable, dans les régles ordinaires, à rétracter ſon conſentement : d'où cet Auteur conclut qu'il y auroit grande équité à ne point s'arrêter à l'omiſſion d'un mot faite par un Notaire, puiſque dans le Contrat même le conſentement du Donataire ſe trouve réellement & par effet.

Cependant il eſt obligé de convenir, (a) que ce qui a été jugé par l'Arrêt du 30 Avril 1633. étoit de ſon tems en pleine vigueur dans l'uſage, & que l'on y tenoit pour maxime au Palais, qu'une Donation eſt imparfaite, quoique le Donataire ait ſigné le Contrat de Donation qui eſt faite en ſa faveur, ſi le mot *acceptant* ne s'y rencontre.

Cette Juriſprudence eſt parvenue juſqu'à nous dans toute ſa pureté, & elle eſt même devenue depuis 1731. d'autant plus reſpectable, qu'elle ſe trouve adoptée formellement par notre Ordonnance.

Ou quand il ſeroit entré en poſſeſſion des choſes données.

Il y a dans le Droit Romain des textes

(a) Ibidem n. 841.

particuliers pour les Donations, qui décident que la possession que prend le Donataire de la chose donné équivaut à une Acceptation formelle. *Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes & maxime si, ex voluntate Donantium possessiones iiquibus donatum est, nanciscantur, validas esse.* L. *Necambigi* 6. *cum L. seq. Cod. de Donationibus.* Il est vrai qu'outre l'appréhension & la possession de fait de la chose donnée, les Loix Romaines exigent encore qu'il paroisse que le Donataire a eu intention de jouir à titre de Donation parfaite : *Si ego pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. L. si ego 18. d. de reb. cred. & L. absente* 10. *de Donation.* Mais notre usage a toujours été directement contraire à cette opinion, en conséquence des principes ci-devant établis sur la nécessité expresse de l'Acceptaion de la part du Donataire.

ARTICLE VII.

Si le Donataire est mineur de vingt-cinq ans, ou interdit par autorité de Justice, l'Acceptation pourra être faite pour lui, soit par son Tuteur ou son Curateur, soit par ses pere ou mere ou autres ascendans, même du vivant du pere & de la mere, sans qu'il soit be-

ſoin d'aucun avis de parens pour rendre ladite Acceptation valable.

Si le Donataire eſt mineur de vingt-cinq ans, &c.

Cet Article (en faiſant l'énumération des perſonnes qui peuvent accepter pour le mineur ou pour l'interdit, ſçavoir, ſon Tuteur ou curateur, ſes pere & mere ou autres aſcendans) exclut tacitement le mineur de pouvoir lui-même accepter valablement une Donation, quand bien même il ſeroit en état de déclarer ſa volonté & de ſigner. En effet le mineur n'étant point capable de s'obliger, ſon acceptation ſeroit inſuffiſante pour aſſurer la permanence & l'irrévocabilité de la Donation. C'eſt l'avis de Ricard.

Soit par ſes pere ou mere.

Arrêt du 2 Aout 1601. donné au rapport de M. Louet, qui a jugé bonne & valable l'Acceptation d'une Donation faite, pour un fils mineur, par le pere non tuteur, en ſa qualité de pere & de légitime Adminiſtrateur. Cet Arrêt ſe trouve parmi les Arrêtés de la cinquiéme Chambre des Enquêtes. La raiſon qui a ſervi de fondement à cet Arrêt, eſt qu'un pere eſt cenſé le Procureur général de ſon fils mineur. Il y a même, parmi nous, quelques Coutumes qui ont établi, par des diſpoſitions expreſſes, les peres tuteurs legitimes de leurs enfans mineurs : & ſi on en uſoit

autrement, les mineurs destitués de tuteurs, seroient incapables de profiter des Donations faites en leur faveur.

Ou autres Ascendans.

Cela est conforme à un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée le 16 Mai 1653. qui a déclaré valable une Donation faite, par le nommé Sisterne, de tous ses biens au profit de ses enfans nés & à naître, quoiqu'elle n'eut été acceptée que par l'ayeul.

Même du vivant du pere & de la mere.

On trouve dans la cinquiéme partie du Journal du Palais, un Arrêt donné en la Tournelle Civile le 5 Juillet 1677. qui a déclaré bonne l'Acceptation qu'un ayeul avoit faite d'une Donation, en faveur de son petit-fils mineur dont le pere étoit vivant: la proximité du sang sert à tous les ascendans de procuration suffisante pour accepter ce qui est avantageux à leurs descendans mineurs.

Sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre ladite Acceptation valable.

Ricard (a) ne pense point que réguliére-

(a) Traité des Donations part. I. Chap. 4. sect. 1 n. 850 & suivans.

ment un tuteur puiſſe accepter une Donation pour ſon mineur ſans un avis de parens, confirmé par le decret du juge. *Les Tuteurs*, dit-il, *n'ont que l'adminiſtration des biens des mineurs ; par conſéquent l'Acceptation qu'ils feroient ſeuls, ne ſeroit pas capable de lier ceux au nom deſquels elle ſeroit faite, & ainſi elle ne ſe trouveroit pas être de la nature requiſe pour donner l'accompliſſement à une Donation entre-vifs, c'eſt-à-dire, pour la rendre irrévocable.*

Cependant il convient que notre uſage fondé ſur les Arrêts de la Cour, a diſpenſé les mineurs de cette rigueur, & il ajoute, *qu'il faut s'en tenir à cet uſage.*

ARTICLE VIII.

L'Acceptation pourra auſſi être faite par les Adminiſtrateurs des Hôpitaux, Hôtels-Dieu ou autres ſemblables établiſſemens de charité autoriſés par nos Lettres Patentes regiſtrées en nos Cours, & par les Curés & Marguilliers, lorſqu'il s'agira de Donations entre-vifs faites pour le ſervice divin, pour fondations particuliéres & pour la ſubſiſtance & le ſoulagement des Pauvres de leur Paroiſſe.

Cet Article autoriſe les Adminiſtrateurs à accepter les Donations faites aux Hôpitaux & Hôtels-Dieu, comme auſſi les Curés & Marguilliers, celles faites à leurs Egliſes : & quoiqu'il n'ait point été ajouté, comme à l'Article précédent, par rapport aux mineurs, *ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun decret ni homologation* : Cependant, à conſidérer la maniére dont l'Article eſt conçu, il ſemble qu'on ne puiſſe douter que la Loi n'ait voulu les diſpenſer déſormais de ces formalités, en ne les y aſſujettiſſant pas nommément.

Au reſte, ſi telle a été l'intention du Légiſlateur, elle eſt contraire à la Juriſprudence qui avoit juſqu'alors ſervi de régle, & ſuivant laquelle l'Acceptation d'une Donation faite en faveur de l'Egliſe, n'étoit valable qu'autant qu'elle étoit précédée de decret & d'homologation. Il y a ſur cela un Arrêt célébre prononcé en Robbes rouge, par M. le Premier Préſident de Harlai, le Mercredy 23 Décembre 1598. qui a jugé que la Donation faite à l'Egliſe, pour employer en la fondation d'une Chapelle, ſe pouvoit révoquer auparavant le decret & l'homologation ; parce que c'étoit l'homologation qui donnoit la forme à la Donation, & qu'avant qu'elle fut intervenue, *omnia erant integra* : ce ſont les termes de M. Louet qui rapporte l'Arrêt en ſon recueil let. D. n°. 3.

ARTICLE IX.

Les femmes mariées, même celles qui ne ſeront communes en biens

ou qui auront été ſéparées par Sentence ou par Arrêt, ne pourront accepter aucunes Donations entre-vifs, ſans être autoriſées par leur mari ou par juſtice à ſon refus. N'entendons néanmoins rien innover ſur ce point à l'égard des Donations qui ſeroient faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal dans les Pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité.

Les femmes mariées ne pourront accepter aucunes Donations entre-vifs ſans être autoriſées par leurs maris.

Une femme en puiſſance de mari eſt dans une interdiction perpétuelle & dans une incapacité abſolue de contracter ſeule aucun engagement civil. Par rapport aux acceptations des Donations, nous avons une déciſion préciſe de l'incapacité des femmes mariées, dans un Arrêt rendu en la ſeconde Chambre des Enquêtes au rapport de M. de la Naude, le 29 Mars 1621. Cet Arrêt rapporté par Brodeau ſur M. Louet (*a*) a déclaré nulle une

(*a*) Brodeau ſur Louet let. M. ſom. 11.

Donation faite avec réserve d'usufruit à une femme mariée, & par elle acceptée sans l'autorité de son mari.

Ricard (a) croit, contre l'avis de Brodeau, que la réserve d'usufruit dans la Donation qui a été infirmée par l'Arrêt, n'est point une circonstance considérable, & n'empêche point qu'on ne doive conclure de cet Arrêt, que dans la thèse générale une femme mariée n'est point capable d'accepter une Donation, sans être autorisée par son mari.

Cependant le même Auteur ajoute (b) qu'il a été curieux de sçavoir quels étoient les sentimens du Palais sur cette question, & qu'il les a trouvés fort partagés ; & que quoique les plus habiles fussent d'avis de la nullité de la Donation, il pourroit pourtant bien arriver, (s'il falloit juger la question par la pluralité des suffrages,) que la balance seroit emportée de l'autre côté. L'Ordonnance s'est déclarée pour son avis, & tranche tout doute sur cette question, si elle se présentoit dans une Donation qui lui fût postérieure.

A l'égard des Donations qui seroient antérieures à l'Ordonnance, je suis très persuadé qu'on jugeroit de même que l'Acceptation d'une femme mariée, sans l'autorité de son mari, est non valable, même indépendamment du préjugé de l'Arrêt du 29 Mars 1631, & du suffrage de Ricard, quelques considérables qu'ils soient par eux-mêmes ; parce que cette opinion est, selon moi, la seule puisée dans le vrai & dans la régularité des principes de la matiére.

(a) Traité des Donations part. I. Chap. 6. sect. 1. n. 848.

(b) Ibidem n. 849.

même

même celles qui ne seront communes en biens, ou qui auront été séparées par Sentence ou par Arrêt.

La séparation & la clause de non communes affranchissent bien la femme du joug de la puissance maritale, pour tout ce qui est d'administration & d'usufruit; mais la femme n'en est pas pour cela moins sujette à l'autorité de son mari, lorsqu'il s'agit, ou d'aliener ou d'acquérir en propriété. Ce principe est si constant, qu'on se feroit conscience de l'établir.

N'entendons néanmoins rien innover à l'égard des Donations qui seroient faites à la femme, pour lui tenir lieu de bien Paraphernal.

Tout le monde sçait qu'en pays de Droit écrit, les femmes ne sont pas obligées, en se mariant, de se constituer en dot tout ce qu'elles possédent, comme en Pays coutumier. Elles y peuvent ne composer leur dot que d'une partie de leurs biens, & se réserver le surplus; & ce sont ces biens réservés qui ne font point partie de la dot, qu'on appelle *biens Paraphernaux.*

Dans les Provinces de Droit écrit, qui ne sont point du ressort du Parlement de Paris, les femmes mariées ont une liberté indéfinie de disposer à leur gré de leurs *biens Paraphernaux*, tant en usufruit qu'en propriété; par conséquent elles peuvent accepter, sans l'au-

torité de leurs maris, les liberalités qui leur ſont faites pendant leur mariage, pour leur tenir lieu de *bien Paraphernal.*

Mais dans les Provinces de Droit qui ſont dans le reſſort du Parlement de Paris, le pouvoir des femmes ſur leurs *biens Paraphernaux*, eſt beaucoup plus limité ; il ne s'étend qu'à l'uſufruit, & les femmes mariées ne peuvent pas plus contracter, ſans l'autorité de leurs maris, pour les *biens Paraphernaux* que pour les biens Dotaux. Ainſi leur pouvoir ſur les *biens Paraphernaux* y eſt à peu près le même que celui des femmes non communes ou ſéparées en Pays Coutumier ; c'eſt pourquoi comme les femmes ſéparées, ou non communes en Pays Coutumier, ne peuvent accepter, ſans l'autorité de leurs maris, les Donations a elles faites, quoiqu'elles en euſſent inconteſtablement l'uſufruit libre, il s'enſuit de même que les femmes, dans les Pays de Droit écrit du reſſort du Parlement de Paris, ne peuvent non plus accepter, ſans l'autorité de leurs maris, les Donations a elles faites pour leur tenir lieu de *biens Paraphernaux*, puiſqu'elles n'en ont de libre que l'uſufruit & non la propriété.

Le Légiſlateur déclare qu'il n'entend rien innover ſur ce point. Il faut donc s'en tenir à l'uſage ancien, & diſtinguer entre les Provinces de Droit écrit du reſſort du Parlement de Paris, & celles qui n'en ſont pas, & décider que dans les premieres, une femme mariée ne peut accepter, ſans l'autorité de ſon mari, une Donation qui lui eſt faite pour lui tenir lieu de *bien Paraphernal*, & que dans les ſecondes elle le peut indiſtinctement.

ARTICLE X.

N'entendons pareillement comprendre dans la diſpoſition des Articles précédents, ſur la néceſſité & la forme de l'Acceptation dans les Donations entre-vifs, celles qui ſeroient faites par Contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, ſoit par les conjoints même, ou par les aſcendans ou parens collatéraux, même par des étrangers; leſquelles Donations ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles ſous prétexte de défaut d'Acceptation.

Nos Contrats de mariage, comme on l'a déja obſervé, ſont ſi favorables, qu'ils ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions en faveur des perſonnes mariées & des enfans qui en proviennent : & les diſpoſitions qui y ſont inſérées ne ſont point aſſujetties à la néceſſité de l'Acceptation, du moins expreſſe. C'eſt par cette raiſon que le contenu au préſent Article avoit lieu, même avant l'Ordonnance, conformément à pluſieurs Arrets de la Cour qui ont admis dans les Contrats de mariage l'Acceptation par équipollence, en regardant l'Acceptation comme véritablement accomplie par le

mariage ſubſéquent, par la conſommation duquel les conjoints vérifient & acceptent par effet les conventions contenues en leur Contrat. Le premier Arrêt qui ſe trouve dans nos Livres à ce ſujet a été rendu au rapport de M. Duvair le 14. Juillet 1587. Il a été ſuivi d'un autre ſolemnel intervenu le 31. Mars 1607. au rapport de M. Boucher, après avoir propoſé la queſtion aux Chambres. M. le Préſident de Cambolas (a) en rapporte un ſemblable rendu au Parlement de Toulouſe le 12. Janvier 1624.

ARTICLE XI.

Lorſqu'une Donation aura été faite en faveur du Donataire & des enfans qui en naîtront, ou qu'elle aura été chargée de ſubſtitution au profit deſdits enfans, ou autres perſonnes nées ou à naître, elle vaudra en faveur deſdits enfans ou autres perſonnes par la ſeule acceptation dudit Donataire, encore qu'elle ne ſoit pas faite par Contrat de mariage, & que les Donateurs ſoient des collatéraux ou des étrangers.

Cet Article décide qu'une Donation faite

(a) Cambolas déciſ. not. Liv. 5. Chap. 7.

en faveur du Donataire & de ses enfans nés & à naitre, ou qui charge le Donataire de substitution envers ses enfans ou autres, quand bien même ils ne seroient ni nés ni conçus, est parfaite par la seule Acceptation de Donataire. Ricard (a) atteste que l'on suivoit ce droit de son tems, & que l'on y jugeoit sans contredit que l'Acceptation du premier Donataire profitoit à tous ceux des dégrés suivans, conformément à la disposition de la Loi 3. Cod. *de donat. quæ sub modovel conditione, &c. sed cum postea benigni juris interpretatione*, dit la Loi, *Divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris volontatem competere admiserint; actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.* En effet la Donation étant parfaite pour ce qui concerne le premier Donataire par son Acceptation, les héritiers du Donateur ni le Donateur lui-même ne la peuvent pas contester, après qu'ils ont été une fois dépossédés par un titre légitime qui est une Donation acceptée; & le premier Donataire qui auroit intérêt d'en empêcher l'effet pour se conserver incommutablement la propriété des choses données, ne peut pas non plus aller contre la Donation qui est son titre, & suivant lequel il ne posséde qu'à la charge de rendre.

Encore qu'elle ne soit pas faite par Contrat de mariage.

On voit la différence qu'a mise l'Ordonnan-

(a) Traité des Donations part I. Chap. 4. sect. 1. n. 850.

ce entre les Donations faites par Contrat de mariage, & celles qui ſont faites autrement, par la différence qu'il y a entre l'Article préſent & le précédent.

Dans l'Article précédent, où il eſt parlé des Donations faites par Contrat de mariage, les enfans nés ou à naître, ni même le premier Donataire, ne ſont tenus d'aucune Acceptation pour rendre valable la Donation, quoique l'Acceptation ſoit de l'eſſence intrinſeque de la Donation.

Dans l'Article préſent où il s'agit de Donations faites autrement que par Contrat de mariage, le premier Donataire eſt obligé d'accepter; mais ſon Acceptation ſeule ſuffit pour faire valoir la Donation en faveur de ceux qui lui ſont ſubſtitués, ſoit ſes enfans, ſoit autres.

Et que les Donateurs ſoient des Collatéraux ou des Etrangers.

Les libéralités faites par les Aſcendans à leurs enfans, ou à leurs petits enfans, ont toujours été regardées plus favorablement que toutes autres, & on a toujours été plus volontiers porté à les favoriſer; parce que ſuivant la loi naturelle, tout ce qui appartient aux peres, eſt cenſé appartenir aux enfans; & en leur donnant par avance une partie de leurs ſucceſſions, ils ſemblent ne faire qu'anticiper ſur ce que la loi & la nature doivent un jour faire en faveur de leurs deſcendans. Mais comme la diſpoſition de notre Article dans le cas y énoncé, eſt fondée ſur des prin-

cipes généraux qui comprennent toutes les Donations indiſtinctement, comme nous l'avons fait voir, le Légiſlateur l'a étendue tant aux libéralités faites par les aſcendans, qu'à celles qui ſont faites par des Collatéraux ou par des étrangers.

ARTICLE XII.

Voulons pareillement qu'en cas qu'une Donation faite à des enfans nés & à naître, ait été acceptée par ceux qui étoient déja nés dans le tems de la Donation ou par leurs Tuteurs & autres dénommés dans l'Article VII. elle vaille, même à l'égard des enfans qui naîtront dans la ſuite, nonobſtant le défaut d'Acceptation faite de leur part ou pour eux, encore qu'elle ne ſoit point faite par Contrat de mariage, & que les Donateurs ſoient des Collatéraux ou par des Etrangers.

Voulons pareillement, &c.

L'Ordonnance après avoir déclaré dans

l'Article précédent, que lorſque les Donataires étoient ſubordonnés les uns aux autres, ou qu'il y avoit différens dégrés de ſubſtitution, l'acceptation du premier Donataire ou du premier inſtitué ſuffiroit pour rendre la Donation valable & complette en faveur des ſubſtitués, elle va ici plus loin.

Elle décide que dans le cas où la Donation ſeroit faite a des enfans nés & à naître en général, l'acceptation des enfans déja nés, ſuffit pour rendre la Donation valable en faveur des enfans à naître ; ſurquoi il ſe préſente naturellement une réflexion. L'Ordonnance, à s'en tenir ſcrupuleuſement à la lettre, ſemble preſcrire l'obligation de l'acceptation à tous les enfans nés. Mais ſi une partie des enfans nés avoit accepté, & que les autres ne l'euſſent point fait, ceux qui n'auroient point accepté, ſeroient-ils déchûs du bénéfice de l'acceptation?

Je penſe qu'avant toutes choſes, il faut diſtinguer comme dans les legs, & ſçavoir ſi les Donataires ſont conjoints par les paroles & par la choſe, ou ſeulement par les paroles, ou ſeulement par la choſe.

Si les Donataires ne ſont conjoints que par les paroles, comme ſi on avoit donné à des enfans chacun une partie diſtincte & ſéparée dans la choſe, l'acceptation de l'un ne pourroit point ſervir à l'autre ; parce que chaque enfant étant Donataire particulier de ſa portion diviſe vis-à-vis du Donateur, il faut autant d'acceptations qu'il y a de portions.

Mais ſi les Donataires étoient conjoints par les paroles & par la choſe, comme dans la véritable eſpece du préſent Article : *Je donne telle choſe aux enfans d'un tel nés ou à naître*,

ou

ou bien même quand ils ne feroient joints que par la chofe feulement, dans ces deux derniers cas, où le droit d'accroiffement a lieu, je crois que l'acceptation d'un des enfans Donataires fuffit pour rendre valable la Donation, non feulement en faveur des enfans à naître, mais même en faveur de ceux qui feroient nés & qui n'auroient point accepté. En effet, fi la Donation n'étoit pas valable par le défaut d'acceptation vis-à-vis des enfans nés qui n'auroient point accepté, le Donateur ni les héritiers n'en profiteroient point, & le bénéfice tourneroit au profit feul de celui ou de ceux qui auroient accepté, lefquels de leur côté feroient non-recevables à contefter la forme du contrat qui lui ferviroit de titre.

Ricard (a) eft du même avis, & il rapporte, pour le confirmer, un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée conformément aux conclufions de M. Talon, Avocat Général, le Vendredi 2 Mars 1657, dont voici l'efpece. Une mere qui s'étoit remariée, avoit donné à deux enfans qu'elle avoit de fon premier lit, fa part des conquêts de la premiere communauté; la Donation n'ayant été acceptée que par l'un des Donataires, elle la révoqua à l'égard de l'autre. Mais l'Arrêt confirma la fentence du Juge des lieux qui avoit ordonné, fans avoir égard à la révocation, que la Donation fortiroit effet pour le tout.

Ou par leurs Tuteurs & autres dénommés dans l'Article VII.

C'eft-à-dire les tuteurs ou curateurs, ou les

(a) Ibid. n. 872.

peres & meres, ou les autres aſcendans. Je ne fais point non plus de doute que l'Article VII. ne doive être exécuté dans toute ſon étendue dans le cas dont il s'agit; je veux dire, que les aſcendans y peuvent accepter pour leurs deſcendans mineurs, même du vivant du pere & de la mere; & que ni les uns ni les autres n'ont beſoin, pour le faire valablement, d'aucun avis de parens.

ARTICLE XIII.

Les inſtitutions contractuelles & les diſpoſitions à cauſe de mort qui ſeroient faites dans un Contrat de mariage, même par des Collatéraux ou par des Etrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'Acceptation.

Les inſtitutions contractuelles.

Les Loix Romaines ont toujours rejetté les Contrats par leſquels un homme diſpoſoit irrévocablement de ſa ſucceſſion, comme des Actes qui étoient contre les bonnes mœurs, & qui pouvoient induire l'héritier nommé, à ſouhaiter la mort de celui qui lui avoit donné ſa ſucceſſion.

Ces ſortes d'Actes paroiſſent auſſi d'abord très-contraires à l'eſprit de notre Droit Cou-

tumier, qui ne nous permet pas de choisir nous-mêmes nos héritiers, & qui ne veut pas que nous en ayons d'autres que ceux que la loi du sang nous donne.

Cependant dans toute la France, soit dans les Pays de Droit écrit, soit dans le Pays Coutumier, la faveur des Contrats de mariage l'a emporté sur toutes ces considérations, & on souffre qu'un homme y fasse une institution d'héritier. Ces sortes d'institutions sont appellées contractuelles. Nous n'avons que la seule Coutume de Berri (a) qui ait expressément défendu d'instituer un héritier par Contrat de mariage ; elle permet pourtant l'institution en certains biens, pourvû qu'elle ne soit point universelle de tous biens présens & à venir.

Et les dispositions à cause de mort qui seront faites par Contrat de mariage ne pourront être attaquées par le défaut d'Acceptation.

L'Article III. de notre Ordonnance, en anéantissant pour jamais les Donations à cause de mort, en excepte formellement celles faites par Contrat de mariage. L'Article X. a dispensé de la formalité de l'acceptation, les Donations entre vifs faites par Contrat de mariage ; & le présent Article XIII. qui n'est qu'une suite de ces deux Articles, autorise nommément les dispositions à cause de mort, dans les Contrats de mariage, & les dispense

(a) Coutume de Berry des mariages, Articles V. & VI.

ainsi que les Donations entre-vifs de la nécessité de l'acceptation.

Même celles faites par des Collatéraux ou par des Etrangers.

Non seulement les peres & meres peuvent faire des institutions contractuelles en faveur de leurs enfans, mais même les étrangers & les collatéraux le peuvent aussi. Nous avons des Coutumes qui le permettent expressément, & la jurisprudence des Arrêts a étendu leurs dispositions à celles qui n'en parlent point. Ainsi puisque la liberté de faire des institutions contractuelles est génerale & indéfinie, & s'étend à toutes sortes de personnes, il étoit juste que les priviléges qui y sont attachés fussent aussi de même nature, & fussent étendues à toutes indistinctement.

ARTICLE XIV.

Les Mineurs, les Interdits, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés ou autres qui jouissent des priviléges des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'Acceptation des Donations entre-vifs, le tout sans préjudice du recours tel que le droit desdits mineurs, ou interdits contre leurs

Tuteurs ou Curateurs, & desdites Eglises, Hôpitaux, Communautés ou autres jouissans des priviléges des mineurs contre leurs Administrateurs, sans qu'en aucun cas la Donation puisse être confirmée, sous prexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels ledit recours pourra être exercé.

Les Mineurs, les Interdits, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés & autres qui jouissent des priviléges des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'Acceptation des Donations entre-vifs.

L'Article V. de notre Ordonnance, en prescrivant la nécessité de l'acceptation pour la validité des Donations entre-vifs, déclare en même tems, que celles faites en faveur de l'Eglise ou pour causes pies, n'en seront pas même exceptées. Notre Article contient encore une disposition plus expresse, non seulement en y joignant les mineurs, les interdits, les hôpitaux, communautés & autres qui jouissent des priviléges de mineurs, mais encore en ordonnant précisément que ni les uns ni les autres ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation.

On a déja remarqué sur l'Article V. ce qui se pratiquoit sur cela avant l'Ordonnance par rapport à l'Eglise : il en étoit de même à l'égard des mineurs & de tous ceux qui jouissent de leur privilége. On a toujours observé avec rigueur, qu'ils ne pouvoient être ni dispensés du défaut d'acceptation ni relevés. Ricard (a) rapporte même un Arrêt prononcé en Robes rouges le 7 Septembre 1603, par lequel, sans s'arrêter aux lettres obtenues de la part d'un mineur, pour être relevé de ce que sa mere qui avoit accepté pour lui la Donation faite à son profit, n'avoit pas signé l'Acte d'Acceptation, ni déclaré ne sçavoir signer, & pour être reçu à faire preuve qu'elle ne sçavoit pas signer ; la Cour confirma la Sentence rendue par le Bailli de Chateaufort, qui avoit déclaré la Donation nulle : & M. le Premier Président de Harlay, après la prononciation de l'Arrêt, avertit les Avocats, *que l'Acceptation est tellement de l'essence de la Donation, que les mineurs même n'en peuvent pas être relevés, & qu'encore qu'il y eut des Arrêts précédens contraires par la diversité des opinions, celui ci devroit servir de regle à l'avenir, pour avoir examiné les raisons de part & d'autre, ayant été donné après en avoir demandé l'avis à toutes les Chambres.*

L'Ordonnance n'a donc fait que suivre en cela la Jurisprudence générale & universelle, si on excepte celle du Parlement de Toulouse, comme on l'a déja observé, qui étoit dans l'usage de restituer & l'Eglise & les mineurs du défaut d'Acceptation suivant les té-

(a) Ibid. n. 843.

moignages de M. Mainard Livre 7 de ses notables questions de Droit, Chapitres 85 & 86, de M. la Rocheflavin Livre 6. Titre 40. Article III. & de M. le Président Cambolas Livre 5. Chapitre 7.

Le tout sans préjudice du recours tel que de droit desdits mineurs ou interdits, contre leurs tuteurs ou curateurs & desdites Eglises, Hôpitaux, Communautés ou autres jouissans des priviléges des mineurs contre les Administrateurs.

Les tuteurs & autres ci-dessus dénommés sont tenus de ce qu'on appelle en droit, *levissimâ culpâ*, c'est-à-dire, des moindres fautes & des plus petites négligences. C'est pourquoi s'ils avoient négligé d'accepter une Donation faite en faveur de ceux dont les intérêts leur sont confiés, & de laquelle ils auroient eu ou dû avoir connoissance, ils sont responsables envers eux du bénéfice qu'ils en auroient pu retirer, & ils doivent les en indemniser *de suo*.

Sans qu'en aucun cas la Donation puisse être confirmée sous prétexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels ledit recours pourra être exercé.

Les Loix se sont toujours fait un devoir de prendre sous leur protection l'Eglise & les mineurs, & ont toujours eu une attention singuliere à faire valoir leurs droits & à ménager leurs intérêts. Ainsi rien ne marque davantage

combien le Législateur a été persuadé que l'Acceptation étoit de l'essence de la Donation, que la sévérité sçrupuleuse avec laquelle il a privé les mineurs & l'Eglise, des Donations où cette formalité a été omise, même dans le cas où ceux contre lesquels ils pourroient exercer leurs recours seroient insolvables.

TITRE TROISIÉME.

De la Tradition.

LA seconde solemnité requise pour la validité de la Donation, c'est la Tradition. Nous en distinguons à présent de deux sortes; celle qui se fait par voye *réelle*, & celle qui se fait par voye *feinte*.

La *Tradition réelle* est celle par laquelle le Donateur se dessaisit, réellement & de fait, de la chose donnée, en la mettant en la possession du Donataire.

La *Tradition feinte* est celle par laquelle le Donateur se dépouille bien de la propriété, mais ne

transfere la possession de la chose donnée qu'indirectement & par une voye oblique, en en retenant la jouissance à titre de précaire, de constitut ou d'usufruit.

Cette derniére espéce de Tradition étoit d'abord inconnue dans notre Droit Coutumier primitif, où l'on n'admettoit d'autre Tradition que la Tradition réelle. Mais lors de la réformation des Coutumes, ceux qui étoient préposés à cet effet, imbus des maximes du Droit Romain, dont l'étude commençoit pour lors à reprendre vigueur, y ont introduit, à l'*instar* des Loix Romaines, les Traditions feintes par la clause de constitut ou de Précaire, ou par la rétention d'usufruit. Nous en avons un exemple dans l'Article CCLXXV. de la Coutume de Paris, ajouté lors de la réformation, qui porte que, *ce n'est donner & retenir, quand on*

donne la propriété d'aucun héritage, retenu à ſoi l'uſufruit à vie ou à tems, ou quand il y a clauſe de Conſtitut ou Précaire, & vaut telle Donation. Cette nouvelle diſpoſition de la Coutume de Paris a été étendue à toutes les autres qui n'ont point de diſpoſition contraire.

L'Ordonnance, moins occupée du ſoin de confirmer les Loix & les principes déja établis & reconnus, qu'à régler les points ſur leſquels il y a diverſité d'opinions ou de juriſprudence, n'établit pas la néceſſité de la Tradition ou *réelle* ou *feinte*. Mais en la ſuppoſant au contraire, elle examine dans les Articles XV. & XVI. les deux principales queſtions auſquelles cette néceſſité de Tradition a donné lieu; la premiére, eſt de ſçavoir, ſi les Donations univerſelles de tous biens préſens & à venir ſont valables? La ſeconde, ſi les Donations des

biens présens seulement, peuvent être faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du Donateur ? Les Articles XVII. & XVIII. contiennent, en faveur des Contrats de mariage, une exception aux deux Articles précédens.

ARTICLE XV.

Aucune Donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au Donateur, dans le tems de la Donation, & si elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la Donation ne contienne pas une Tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties, qui demeurera annexé à la minutte de ladite Donation, faute de quoi le Donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles ou effets mobiliers, même contre le Do-

nateur ou ses héritiers. Défendons de faire dorénavant aucunes Donations des biens présens & à venir, (si ce n'est dans le cas ci-après marqué,) à peine de nullité desdites Donations, même pour les biens présens, & ce encore que le Donataire eut été mis en possession du vivant du Donateur desdits biens présens en tout ou en partie.

Aucune Donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au Donateur dans le tems de la Donation.

L'ame de la Donation entre-vifs, & ce qui la constitue telle & la distingue de la Donation à cause de mort, est le dessaisissement actuel du Donateur. C'est par ce dessaisissement seul, qu'il témoigne véritablement qu'il aime mieux que le Donataire soit maître & propriétaire de ce qu'il lui donne, que lui-même & ses héritiers : *hæc donatio proprie appellatur*, dit la Loi premiere dig. de donat. *cùm dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, & propter aliam nullam causam.* Or un Donateur ne peut se dessaisir de ce qu'il ne possede point; il ne peut

livrer ce qui ne lui appartient pas. Donc une Donation entre-vifs qui a pour objet une chose qui n'appartient point au Donateur, eſt une libéralité illuſoire, un bienfait contraire à lui-même, & qui pêche dans ſon propre principe, parce qu'il ne peut être accompagné de Tradition.

Tels ſont les principes de notre Droit Coutumier ſur cette matiere, & tels ont même été pendant long-tems ceux des anciennes Loix Romaines. Mais la conſtitution de l'Empereur Juſtinien qui compoſe la Loi *Si quis argentum 35. C. de donat.* a introduit une nouvelle Juriſprudence, en ſtatuant que les Donations entre-vifs peuvent être rendues parfaites en vertu de la ſeule ſtipulation, & ſans que la Tradition préſente intervienne. Voyez Cujas ſur la Loi citée. *Si quis argentum 35. Cod. de donat.*

Les Provinces qui ſuivent le Droit écrit, ont adopté cette derniere Loi dans leur uſage, & elles ont été en droit de le faire juſqu'à la nouvelle Ordonnance, qui, en y dérogeant, les a rapprochées non ſeulement du Droit Coutumier univerſel, mais même de l'ancien Droit Romain, comme plus conſéquent & plus conforme aux véritables principes des Donations.

Et ſi elle renferme des meubles ou effets mobiliers dont la Donation ne contienne point une Tradition réelle, il en ſera fait un état ſigné des parties, qui demeurera annexé à la minutte de la Donation.

Depuis que les Traditions *feintes* ont été admises parmi nous, d'après le Droit Romain, concurremment avec les Traditions *réelles*, tout le monde convient que l'une ou l'autre de ces deux Traditions suffit à présent pour perfectionner une Donation entre-vifs, quand il s'agit d'un immeuble qui a une assiette stable & certaine.

Mais quand la Donation a pour objet une chose mobiliaire, les sentimens ont été partagés. Quelques-uns (comme Duval en son Traité deuxiéme *de rebus dubiis*) croyent que la Tradition par voye feinte, par retention d'usufruit, constitut, précaire ou autrement n'est pas suffisante en une Donation de meubles; mais que pourla faire valoir, il est nécessaire qu'il y ait une délivrance réelle & actuelle. Cet avis est fondé sur cette maxime, que les meubles n'ont point de suite, & il est conforme à l'Article CXIII. de la Coutume de Sédan, qui porte que *les Donations de meubles ne sont valables sans la Tradition & délivrance réelle & actuelle des choses données.*

D'autres soutiennent au contraire que ni la Tradition réelle ni la feinte ne sont nécessaires pour la validité d'une Donation de meubles, parce que leur possession n'est pas considérable.

Ricard a rejetté l'un & l'autre sentiment, comme donnant chacun dans une extrémité condamnable, & il a pris un parti mitoyen; il pense qu'il faut suivre littéralement nos Coutumes, lesquelles réquerant la Tradition par voye réelle ou feinte, & se contentant ou de l'une ou de l'autre, sans distinguer les meubles ni les immeubles, doivent s'entendre des Do-

nations de toute espece, suivant la Loi 4. D. *de Precario*, qui porte que *de rebus etiam mobilibus Precarierogatio consistit.*

L'Ordonnance a adopté ce dernier sentiment, qui comme le plus régulier, doit aussi servir de regle pour les Donations antérieures à l'Ordonnance.

Faute de quoi le Donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles, même contre le Donateur ou ses héritiers.

Toute Donation entre-vifs doit avoir pour objet une chose déterminée, & si elle n'est que de choses incertaines & non expresses, elle n'a que le nom de Donation, mais elle n'en est point une en effet. Or une Donation de meubles qui ne contient point une Tradition réelle, & dont la quantité ni la qualité ne sont point constatées ni par l'Acte de Donation ni par un état y annexé, est de cette nature. Donc elle est nulle, non seulement vis-à-vis des créanciers & héritiers, mais même vis-à-vis du Donateur lui-même, qui est censé n'avoir rien voulu donner par un Acte aussi vague & aussi indéterminé.

Deffendons de faire dorénavant aucunes Donations des biens présens & à venir.

Ç'a été jusqu'à présent une grande question de sçavoir, si la liberté indéfinie qu'a toute

personne jouissante de ses droits de disposer de l'universalité de son bien par Donation entre-vifs, s'étendoit tant aux biens à venir qu'aux biens présens. Cette question néanmoins ne pouvoit pas faire de difficulté en pays de Droit écrit. Il est constant que dans le dernier état de la Jurisprudence Romaine fixé par la Loi *si quis argentum*, les Donations entre-vifs pouvant être rendues parfaites par la seule stipulation sans aucune Tradition intervenue, rien n'empêchoit qu'elles ne pussent comprendre les biens à venir comme les présens, pourvû que le Donateur se fût reservé quelque portion de son bien pour en disposer par Testament, parce que les stipulations peuvent être faites non seulement des choses présentes, mais encore de ce qui concerne l'avenir, suivant la Loi *inter diem* D. *de verb. obligat.* aussi étoit-ce l'usage constant des Provinces qui suivent le droit écrit. Voyez les Arrêts rapportés par M. de la Rocheflavin Liv. 6. Tit. 40. Art. XXII. & XXIII. M. Mainard Liv. 2. Chap. 93. & M. de Chambolas Liv. 5. Chap. 35.

En Pays Coutumier au contraire, cette question a non-seulement partagé les Jurisconsultes, mais elle a même été diversement jugée par les Arrêts. Et si on en retranche ceux qui n'ont point été rendus sur des motifs particuliers, on trouvera que les autres sont en nombre égal de part & d'autre ; ainsi cette contrarieté de préjugés fait qu'on ne peut aller chercher aucune résolution dans la jurisprudence des Arrêts.

Si l'on consulte les Coutumes qui ont prévu la question, on ne trouve encore que dou-

te

te & qu'incertitude, par la contradiction que renferment leurs dispositions réciproques. Nous en avons quatre qui ont parlé des biens presens & à venir. Ce sont les Coutumes de Bourbonnois, Berry, Auvergne & Sédan. La Coutume de Bourbonnois décide *en l'Article CCX., que Donation universelle de tous biens présens & à venir ne vaut.* Celle de Berry les rejette aussi & les exclut même des Contrats de mariage. Mais la Coutume d'Auvergne suit la disposition du Droit écrit auquel elle a beaucoup de rapport à cause de sa proximité : elle porte *Art. XXII. Chap. 14. que Donations entre-vifs de tous biens présens & à venir, ou de partie, retenue certaine somme de deniers, ou partie desdits biens pour en disposer à son plaisir & volonté, est bonne & valable.* Enfin celle de Sédan, ne les admet que sous condition & quant aux biens dont le Donataire aura été mis en possession du vivant du Donateur.

Ricard (a) a cherché dans les principes de la matiére, des éclaircissemens qu'il n'a pu découvrir ni dans la Jurisprudence des Arrêts, ni dans l'uniformité des Coutumes. Il est d'avis qu'on ne doit point autoriser les Donations de tous biens présens & à venir, & il appuye son sentiment sur plusieurs raisonnemens solides & péremptoires, dont voici le principal. L'irrévocabilité, dit-il, fait l'apanage & compose la substance de la Tradition si nécessaire pour la validité d'une Donation entre-vifs. Or les Donations des biens présens & à venir sont incompatibles avec cette

(a) Traité des Donations Part. I. Chap. 4. sect. 2. dist. 2.

irrévocabilité. Car elles ne se vérifient & ne peuvent avoir d'effet, tant pour la force de leur disposition que pour leur exécution, que du jour du décès du Donateur. Tant qu'il vit, il a la liberté d'acquérir & de ne pas acquérir, & ayant acquis, de revendre ou autrement consommer en dettes les acquisitions qu'il a faites. Ces sortes de Donations demeurent donc incertaines, & le Donateur a la liberté de les rendre inutiles jusqu'à sa mort. Par conséquent elles sont opposées aux principes des Donations qui doivent être irrévocables & composées de choses certaines.

Cependant il ajoute (*a*) qu'encore qu'il estime, que l'opinion qu'il défend, ne soit pas susceptible de difficulté dans les principes, il est obligé d'avertir pour l'usage présent, qu'on ne peut s'assurer, que l'opinion contraire ne prévale dans les contestations particulieres qui s'en présenteroient.

Et en effet Duplessis (*b*) en parlant des Donations universelles de tous biens présens & à venir, convient, que les plus entendus dans la Jurisprudence Françoise ont soutenu qu'elles ne pouvoient valoir, à cause du défaut de Tradition absolument nécessaire pour la validité de la Donation entre-vifs. Néanmoins, continue-t'il, ces especes de Donations ont été reçues & approuvées au Palais; & il est impossible de s'en exempter après l'Article CCCXXXIV. de la Coutume, qui en ayant parlé, & y ayant même statué, les a par conséquent reconnues & autorisées. Voici les

(*a*) Ibidem n. 1033.
(*b*) Duplessis sur Paris des Donations Liv. 2. Chap. 2. sect. 2.

rermes de cet Article. *Et quant ils ſuccedent les uns aux meubles, acquêts & conquêts, les autres aux propres; ou qu'ils ſont Donataires ou Légataires univerſels, ils ſont tenus entr'eux contribuer au payement des dettes, chacun pour tels parts & portions qu'ils en amandent.*

L'Ordonnance a dérogé dans cet Article au Droit Romain, pour les Provinces qui y ſont ſoumiſes, & même à l'uſage de notre Pays Coutumier, pour s'en tenir au ſentiment de ceux que Dupleſſis appelle à juſte titre les plus entendus dans la Juriſprudence Françoiſe, & à la tête deſquels eſt ſans contredit Ricard.

A peine de nullité deſdites Donations, même pour les biens préſens.

Les Auteurs même, qui ont rejetté les Donations de tous biens préſens & à venir, ſe ſont partagés en trois différentes claſſes ſur la queſtion de ſçavoir, ſi ces ſortes de Donations pouvoient valoir pour les biens préſens ſeulement. Auzanet en ſes Mémoires, eſt d'avis, que le Donataire peut ſe reſtraindre aux biens préſens & renoncer à ceux à venir, & en ſe chargeant des dettes antérieures à la Donation, ſe décharger de celles crues depuis.

Cujas (*a*) a embraſſé le même avis.

D'autres, comme Duval (*b*) & Dupleſſis,

(*a*) Cujas ad leg. *ſi quis argent Cod. de Donat.*
(*b*) Duval *de rebus dubiis*, trait. 2. n 4.
Du Pleſſis ſur Paris, des Donations Liv. 2. Chap. 2. ſect. 2.

penſent au contraire, que lorſque la Donation eſt faite conjointement des biens préſens & à venir, la nullité de l'un empêche l'exécution de l'autre, parce que dans les principes de Droit, de deux legs, l'un avec charge & l'autre ſans charge, il n'eſt pas permis de prendre celui qui eſt libre, & répudier l'autre : il faut tout ou rien ; ce qui doit être encore plus vrai des Donations entre-vifs qui ſont Contrats ſynallagmatiques.

Quelques-uns, comme Ricard, ont pris un parti mitoyen ; ils ont ſoutenu, que quoique la Donation fut nulle pour les biens à venir, elle pouvoit avoir ſon exécution pour les biens préſens ; pourvû qu'il eut été ſtipulé, qu'en cas que la Donation ne put valoir pour le tout, elle auroit ſon effet pour les biens préſens ; ou du moins pourvû qu'il parût par les termes dans leſquels ſeroit conçue la Donation, que l'intention du Donateur eut été d'en ſouffrir la diviſion, en cas qu'elle ne put pas ſubſiſter pour les biens à venir.

L'Ordonnance s'eſt arrêtée au ſentiment de ceux qui rejettent indiſtinctement les Donations des biens préſens & à venir dans leur univerſalité ; & de peur qu'on ne crût que le Légiſlateur vouloit en maintenir l'exécution pour les biens préſens ſeulement, s'il paroiſſoit que le Donateur eut eu intention d'en permettre la diviſion, conformément à l'avis de Ricard, l'Article ajoute : *& ce, encore que le Donataire eut été mis en poſſeſſion, du vivant du Donateur, deſdits biens préſens en tout ou en partie* ; ce qui eſt déciſif. Car ſi quelque circonſtance peut faire préſumer cette intention du Donateur de ſouffrir la diviſion & le partage

des biens présens d'avec ceux à venir dans sa Donation, il ne peut y en avoir de plus forte, que lorsqu'il livre lui-même de son vivant les biens présens au Donataire en tout ou en partie, & s'en dessaisit en sa faveur indépendemment des biens à venir.

ARTICLE XVI.

Les Donations qui ne comprendroient que les biens présens, seront pareillement déclarées nulles lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur en tout ou en partie, ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation, même de payer les légitimes des enfans du Donateur, au-delà de ce dont ledit Donataire peut en être tenu de droit, ainsi qu'il sera réglé ci-après; laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du Donateur; & en

cas qu'il ſe ſoit réſervé la liberté de diſpoſer d'un effet compris dans la Donation ou d'une ſomme fixe à prendre ſur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite ſomme ne puiſſent être cenſés compris dans la Donation, quand même le Donateur ſeroit mort ſans en avoir diſpoſé; auquel cas ledit effet ou ladite ſomme appartiendront aux héritiers du Donateur, nonobſtant toutes clauſes ou ſtipulations à ce contraires.

Les Donations qui ne comprendroient que les biens préſens, ſeront pareillement déclarées nulles, lorſqu'elles ſeront faites à condition de payer les dettes & charges de la ſucceſſion du Donateur en tout ou en partie.

Le Légiſlateur non content d'avoir proſcrit dans l'Article précédent, les Donations entre-vifs de tous biens préſens & à venir, comme donnant atteinte à l'irrévocabilité qui doit être la baze des Donations entre-vifs, par une ſuite même du principe, il a proſcrit auſſi dans celui-ci les Donations où le Donateur auroit impoſé

au Donataire la néceſſité de payer les dettes qu'il pourroit créer juſqu'à ſa mort. En effet, par une ſemblable clauſe, le Donateur ſe réſerve la liberté de diſpoſer de l'effet donné, & de le réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il jugeroit à propos, & que le Donataire ſeroit tenu d'acquitter ſuivant la ſtipulation du Contrat ; ce qui eſt une réſerve contraire à la régle *donner & retenir ne vaut*, & entiérement oppoſée à la certitude néceſſairement requiſe pour rendre valable une Donation entre-vifs.

Ou autres dettes & charges que celles qui exiſtoient lors de la Donation.

Cette diſpoſition eſt une ſuite néceſſaire de la diſpoſition précédente, & elle a pour fondement le même principe. Mais ſi elle défend de charger la Donation d'autres dettes, que de celles qui exiſtoient lors de la Donation, elle permet, par un argument contraire, d'y comprendre les dettes exiſtantes lors de la Donation, & de ne la faire qu'à condition de les acquitter. Car rien n'empêche que la Donation entre-vifs ne ſoit faite avec charge, pourvû que cette charge ne détruiſe pas la ſubſtance de la Donation, en laiſſant le Donateur dans la liberté d'anéantir la Donation par la création de nouvelles dettes, comme dans l'eſpece précédente d'une Donation faite à la charge de payer les dettes à créer juſqu'à la mort du Donateur ; mais dans l'eſpece d'une Donation faite à condition de payer les dettes créées lors de la Donation, la charge eſt

certaine, & il ne dépend pas de la volonté du Donateur de l'augmenter.

Celles d'entre nos Coutumes qui ont prévu ces deux queſtions, ſe ſont réunies pour décider, que la Donation entre-vifs de tous biens ou de partie, à la charge de payer toutes les dettes que le Donateur doit & devra à l'heure de ſa mort, eſt nulle, parce que c'eſt donner & retenir tacitement; mais que la Donation entre-vifs faite à la charge de payer les dettes que le Donateur doit au tems de la Donation, eſt bonne & valable. C'eſt la diſpoſition des Coutumes d'Auvergne Chap. 14. Articles XIX. & XX. de Nivernois Chap. 27. Article III. & de Bourbonnois Article CCXII. M. de la Rocheflavin en ſon Traité des Droits Seigneuriaux Titre 38. Article VI. rapporte un Arrêt rendu au Parlement de Toulouſe, au mois de Juillet 1594. par lequel il témoigne avoir été pareillement jugé, qu'une Donation de tous biens, à la charge de payer toutes les dettes, ne doit pas être conſidérée comme une Donation entre-vifs. D'où il réſulte, que les diſpoſitions de notre Ordonnance à cet égard, ſont exactement conformes à l'eſprit général du Droit Coutumier, & à la Juriſprudence des Parlemens de Droit Ecrit.

Même de payer les légitimes des enfans du Donateur au-delà de ce dont ledit Donataire peut en être tenu de droit, ainſi qu'il ſera réglé ci-après.

La légitime ſe régle, eû égard aux biens

que

que laiſſe celui ſur qui elle ſe prend, en comprenant les Donations entre-vifs qu'il pourroit avoir faites de ſon vivant. La fixation en eſt donc incertaine juſqu'à ſa mort, puiſque le plus ou le moins dépend de ce qu'il peut acquerir ou ne pas acquerir. Ainſi cette condition de payer la légitime des enfans, autrement que le Donataire n'en eſt tenu de droit, eſt vague & indéterminée juſqu'à la mort du Donateur, & par conſéquent incompatible avec la Donation entre-vifs qui doit être certaine, tant dans l'objet de la libéralité, que dans les charges.

Laquelle diſpoſition ſera obſervée généralement à l'égard de toutes les Donations faites ſous des conditions dont l'exécution dépend de la ſeule volonté du Donateur.

On diſtingue de deux ſortes de conditions, ſous leſquelles on peut donner ; la condition poteſtative & la condition caſuelle. La condition poteſtative eſt celle qui dépend de la volonté du Donateur, comme s'il avoit dit, *je donne, en cas que je n'aille pas à Paris.* La condition caſuelle au contraire, eſt celle qui peut arriver ou ne pas arriver, indépendamment de la volonté du Donateur, comme celle-ci, *je donne, en cas que tel Navire qui eſt allé à la Martinique, revienne à bon port.*

Si la condition eſt poteſtative, tout le monde convient, conformément à notre Ordonnance, que la Donation eſt nulle, d'au-

tant qu'elle renferme, ſous des termes déguiſés, un moyen par lequel il eſt en la liberté du Donateur de révoquer la Donation. Car il ne lui eſt pas moins facile d'y donner atteinte par cette voye, que s'il s'étoit réſervé directement la faculté de diſpoſer des choſes données. C'eſt l'eſpece d'un Arrêt rendu le 20 Février 1668. qui a déclaré nulle une Donation mutuelle faite entre les Sieurs Graſſeteau freres en faveur du ſurvivant, & à la charge que l'un venant à ſe marier, la Donation ſeroit nulle; ſur le fondement qu'il étoit en la liberté du Donateur de rendre ſa Donation inutile, en ſe mariant, ce qui étoit *donner & retenir.*

Mais ſi la condition étoit caſuelle, & dépendoit d'un événement incertain en ſoi, les ſentiments ſont partagés.

Pluſieurs ne veulent admettre aucune différence entre les conditions caſuelles, & les poteſtatives, & décident que toutes ſortes de conditions, appoſées dans un Contrat de Donations entre-vifs, ſervent à la détruire.

Mais Ricard (*a*) réfute cette opinion, & ſoutient, que les conditions caſuelles ne vicient point les Donations entre-vifs où elles ſe trouvent; & il ſe fonde ſur ce raiſonnement. » Qu'oiqu'il ſoit de l'eſſence d'une Donation » entre-vifs, dit-il, qu'il ne ſoit point au pou» voir du Donateur de la faire valoir, ou » de la rendre ſans effet, cela n'empêche pas, » qu'il ne puiſſe être ſtipulé qu'elle ſera vala» ble, & qu'elle demeurera ſans exécution » en un certain cas, pourvû qu'il ſoit défini,

(*a*) Ricard Part. I. Chap. 4. ſect. 11. Diſt. 2. & nomb. 1041. & ſuiv.

» & qu'il ne dépende pas de la volonté du » Donateur ; parce qu'une Donation qui eſt » faite pour avoir ſon effet en un cas, ne laiſſe » pas d'être parfaite en ſa diſpoſition, dès » l'inſtant de la Donation, quoique la condi- » tion ne ſoit pas échue ; de ſorte, qu'il n'eſt » plus en la liberté du Donateur de faire que » le Don ſoit valable ou non : mais il a ſa » ſubſtance néceſſaire, au cas de la condition ; » ce qui ſuffit pour l'eſſence de la Donation » entre-vifs, la loi ne déſirant autre choſe, » ſinon que la révocation ne dépende pas de » la volonté du Donateur. »

Ricard ſe ſert encore, pour confirmer ſon avis, de l'Article CCLXXIV. de la Coutume de Paris, qui en interprétant ce que c'eſt que *donner & retenir*, dit, que c'eſt lorſque le Donateur s'eſt réſervé la puiſſance de diſpoſer librement de la choſe par lui donnée : « d'où » il ſuit, ajoute notre Auteur, que la reten- » tion qui détruit la nature de la Donation » entre-vifs, n'eſt qu'au cas qu'il dépende » de la libre volonté du Donateur, de lui » donner effet ou non, & non point quand » la révocation eſt ſtipulée en un certain cas, » alors ce n'eſt point le Donateur qui révo- » que, mais la condition ; & il ſuffit que le » Donateur ait lié ſa volonté en un cas limité » pour la rendre parfaite en ce point, puiſ- » qu'au cas de la condition, il ne dépend plus » de lui de la révoquer librement ; & quoi- » que l'événement de la condition ſoit répu- » té incertain par la foibleſſe de la connoiſ- » ſance des hommes qui ne peuvent prév[oir] » l'avenir, il ne laiſſe pas d'être ce[rtain en] » ſoi. »

Nótre Ordonnance, en ne rejettant des Donations que les conditions poteſtatives, ſemble incliner pour le ſentiment de Ricard, & admettre, dans les Donations entre-vifs, le libre uſage des conditions caſuelles.

Et en cas qu'il ſe ſoit réſervé la liberté de diſpoſer d'un effet compris dans la Donation, ou d'une ſomme fixe à prendre ſur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite ſomme ne puiſſent être cenſés compris dans la Donation, quand même le Donateur ſeroit mort ſans en avoir diſpoſé, auquel cas ledit effet ou ladite ſomme appartiendront aux héritiers du Donateur.

Les meilleurs Auteurs ont toujours été d'avis, que lorſque le Donateur s'eſt ſimplement réſervé la diſpoſition d'une ſomme, ou d'une partie des choſes données, (ce qui eſt la même choſe) ſans la deſtiner à perſonne en particulier, dans le cas où il viendroit à décéder ſans en avoir diſpoſé, la ſomme ou la choſe réſervée doivent appartenir à l'héritier *ab inteſtat* du Dônateur. Comme cet héritier doit être la perſonnne la plus aimée, ſuivant l'ordre de la nature & du ſang, la réſerve eſt préſumée avoir été faite en ſa faveur, ne paroiſſant pas que le Donateur ait eu une autre penſée, & la réſerve qu'il a faite, étant une déclaration ſuffiſante que ſon intention n'étoit

pas que le Donataire en profitât. C'eſt l'eſpece de la Loi *ſi mulier 25. de jure dotium*, & de la Loi *ſecundum 4. Cod. de Contract. & commit. ſtipul.* M. de Cambolas rapporte auſſi quelques Arrêts conformes du Parlement de Toulouſe. (a)

Mais les ſentiments ne ſont pas tout-à-fait auſſi unanimes ſur la queſtion qui ſuit. Si le Donateur a expreſſément déclaré, qu'en cas qu'il mourût ſans avoir diſpoſé de la ſomme réſervée, il entendoit qu'elle appartint au Donataire, la ſtipulation aura-t'elle ſon effet ? ou bien nonobſtant icelle, les héritiers pourront-ils revendiquer utilement la ſomme ou la choſe réſervée ?

Pluſieurs ſe déclarent pour le Donataire, & rapportent en leur faveur un Arrêt rendu le 2 Juillet 1659. qu'ils prétendent être favorable à leur ſentiment. On pourroit encore y en joindre un autre rendu en la Grand'Chambre le 14 Février 1638. au profit de Guy Maragnier Bourdin Donataire, contre Nicolas Bourdin de Varaimer. Cet Arrêt a été confirmé ſur Requête civile par un autre Arrêt du 5 Août 1639.

D'autres au contraire, embraſſent le parti des héritiers contre les Donataires : & de ce que l'incertitude ne pouvant compâtir avec la Donation entre-vifs, il faut, pour lui donner ſa perfection, que le Donateur conſomme ſa volonté ſur le champ, & au tems que la Donation eſt faite, ils concluent que lorſque le Donateur n'a pas diſpoſé d'une ſomme qu'il s'eſt réſervée par la Donation, elle appartient

(a) Cambolas, déciſions notables liv. 5. Chap. 2.

de droit à l'héritier, quand même il auroit été ſtipulé par l'Acte de Donation, que faute par le Donateur d'en diſpoſer, elle demeureroit au Donataire; parce qu'à l'égard de la ſomme réſervée, la Donation eſt imparfaite. On peut appliquer à cet avis un Arrêt rendu en Audience de la Grand'Chambre le 3 Avril 1648. de relevée pour l'héritier, dont on voit l'eſpece dans Ricard. (a) On en remarque encore un ſecond rendu en la cinquiéme Chambre des Enquêtes au rapport de M. Hatte, qui a auſſi adjugé la ſomme réſervée aux héritiers. L'Auteur des Nottes ſur Ricard qui rapporte cet Arrêt, n'en a pas mis la datte.

Ce ſentiment eſt univerſellement adopté dans nos Coutumes. Celle de Bourbonnois porte, Article 211. *Donation entre-vifs de tous biens, retenue certaine ſomme de deniers ou partie deſdits biens, pour en diſpoſer à ſon plaiſir & volonté, eſt bonne quant aux biens non retenus.* Les Coutumes de Sédan Article CXII. & d'Auvergne tit. 14. Article XXII. & XIII. diſent de même, que la ſomme de deniers ou partie deſdits biens retenus appartiendront aux héritiers du Donateur, s'il n'en a diſpoſé de ſon vivant, & non au Donataire: & la diſpoſition de ces Coutumes, comme fondée ſur une raiſon générale, doit avoir lieu dans toutes celles qui n'ont point une diſpoſition contraire.

Si de la Juriſprudence des Arrêts & des textes des Coutumes, on paſſe aux déciſions des Juriſconſultes, Dumoulin décide formellement, que la Donation, juſqu'à concurrence

(a) Ricard part. I. Chap. 4. ſect. 1. diſt. 1. nomb. 1018.

de la reſerve, ne peut être miſe au rang des Donations entre-vifs, *ſi quis donet omnia bona præſentia reſervatis 300. ad teſtandum; ſi non eſt teſtatus, remanent 300. hæredi, nec cedunt lucra Donatori; quia ea tenus bona retenta ſunt, & ſic Donatio nulla ea tenus.* Dumoulin ſur Paris §. *160. no. 9.*

Ricard prononce de même affirmativement pour les héritiers, ſans aucune diſtinction. (*a*) Mais ailleurs (*b*) il diſtingue entre les Pays où la Tradition eſt requiſe, & ceux où elle ne l'eſt pas, telles que ſont les Provinces ſoumiſes au Droit Ecrit: dans les premiers, il décide que la ſomme réſervée appartient aux héritiers, indépendamment de la ſtipulation portée au Contrat, qu'elle appartiendroit au Donataire, faute par le Donateur d'en avoir diſpoſé, parce que cette ſtipulation eſt incompatible avec la Tradition. Mais à l'égard des Pays de Droit écrit, il croit que la ſtipulation eſt valable, & qu'en conſéquence la choſe réſervée doit demeurer au Donataire, parce que par la Loi du Pays le Contrat n'étant pas aſſujetti à la Tradition, rien n'empêche qu'une telle ſtipulation n'en puiſſe faire partie.

Cette diſtinction devient illuſoire depuis l'Ordonnance, par deux raiſons; la premiere, parce que l'Ordonnance a ſoumis, à la néceſſité de la Tradition, tous les Pays de la domination Françoiſe, tant les Provinces Coutumieres,

(*a*) Idem III. part. Chap. 7. ſect. 2. nomb. 741. & ſuiv.

(*b*) Idem I. part. Chap. 4. ſect. 2. diſt. 2. nomb. 1014. & ſuiv.

que celles de Droit écrit ; la ſeconde, en ce que le préſent Article a abrogé nommément toutes ces ſtipulations, en ordonnant que la ſomme réſervée appartiendroit aux héritiers, ſi le Donateur n'en avoit diſpoſé de ſon vivant, *nonobſtant*, ajoute l'Article, *toutes clauſes ou ſtipulations à ce contraires.*

ARTICLE XVII.

Voulons néanmoins que les Donations faites par Contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans, même par des Collatéraux ou par des Etrangers, ſoient exceptées de la diſpoſition de l'Article XV. ci-deſſus, & que leſdites donations faites par Contrat de mariage puiſſent comprendre, tant les biens à venir que les biens préſens en tout ou en partie : auquel cas il ſera au choix du Donataire de prendre les biens telsqu'ils ſe trouveront au jour du décès du Donateur, en payant toutes les dettes & charges, même celles qui ſeroient poſtérieures à la Donation, ou de

s'en tenir aux biens qui exiſtoient dans le tems qu'elle aura été faite, en payant ſeulement les dettes & charges exiſtantes audit tems.

Voulons néanmoins que les Donations faites par Contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans, même par des Collatéraux ou par des Etrangers, ſoient exceptés de la diſpoſition de l'Article XV. ci-deſſus, & que leſdites Donations faites par Contrat de mariage puiſſent comprendre tant les biens à venir que les biens préſens en tout ou en partie.

Tous nos Auteurs François ſe réuniſſent pour atteſter la vérité de cette maxime, que la Tradition ſi indiſpenſable en général dans toutes les Donations, n'eſt point néceſſaire ſelon notre uſage à l'égard des Donations faites par Contrat de mariage. Ces Donations ont été affranchies de la néceſſité de la Tradition, parce que la Tradition n'a été établie que pour éviter des fraudes qui ne ſe préſument point dans des Actes de cette eſpéce.

Ces prérogatives accordées aux Contrats de mariage, remontent parmi nous preſqu'à l'origine de la Monarchie. Nous en trouvons des veſtiges dans la plus ancienne de toutes nos Loix, qui eſt la Loi Salique. Il eſt vrai

que ces priviléges n'étoient pas auſſi étendus qu'ils le ſont aujourd'hui ; ce n'eſt que par degrés qu'on a rendu les Contrats de mariage ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions pour les ſucceſſions futures. On ne toléroit même d'abord que celles faites par les contractans ou leurs peres & meres & autres aſcendans. Mais enſuite les ſtipulations de cette nature faites par les Collatéraux & même par les Etrangers, y ont été admiſes avec la même faveur ; de ſorte que nous tenons depuis long-tems pour droit commun, que les ſucceſſions futures ſe peuvent donner & promettre valablement dans un Contrat de mariage en faveur des futurs époux & de leurs deſcendans, par quelque perſonne que ce ſoit, pourvu qu'elle ſoit capable de diſpoſer.

Cette maxime que la régle *donner & retenir* n'a point lieu dans nos Contrats de mariage, & que les inſtitutions d'héritier y ſont admiſes, ſe trouve établie par des diſpoſitions formelles de pluſieurs de nos Coutumes. La Coutume de Bourbonnois *Article CCXIX.* contient les véritables régles de notre Juriſprudence ſur cette matiére ; en voici les termes : *Toutes donations, conventions, avantages, inſtitutions d'héritiers & autres choſes faites en Contrat de mariage, le mariage fait par paroles de préſent, ſont bonnes & valables en quelque forme qu'elles ſoient faites* etiam, *en donnant & retenant : ſoient telles diſpoſitions appoſées ou ajoutées audit Contrat de mariage, avant ou pendant les funérailles, réſervé toutefois aux enfans leur droit de légitime ; poſé auſſi que leſdites Donations &*

avantages soient faites à personnes étranges contractant ledit mariage, bâtards ou autres quelconques : & saisissent telles dispositions les cas avenus, quand lesdites Donations & dispositions sont faites par personnes habiles à contracter.

On pourroit ajouter à ce texte de la Coutume de Bourbonnois un grand nombre d'autres textes de différentes Coutumes qui ont des dispositions semblables. Telles sont les Coutumes d'Auvergne *Chap. 4. & 6*, de Vermandois *Article LIV. & LV.*, de Châlons *Article LXV.*, de Bar *Article CLXVII.* & de Nivernois *Chap. 27. Article CXXIX.*

Si des textes de nos Coutumes nous passons à la Jurisprudence des Arrêts, nous y trouverons le même usage non moins universellement authorisé. On en trouve un du 24 Mars 1521. cité par Theveneau en son Commentaire sur l'Article CCXIX de la Coutume de Poitou ; un autre du 19 Août 1658. rapporté par Pithou, sur la Coutume de Troyes Art. CXXXVII. Vervins fait encore mention de trois autres en son Commentaire sur la Coutume de Chauny ; les deux premiers sont des années 1520. & 1586. & le troisiéme du 22 Août 1607. On en trouve encore d'autres conformes dans M. le Prêtre en ses *questions de droit, Centurie 2. Chap. 90.* & dans *Brodeau sur M Louet lettre S. n° 9.*

Les sentimens des Jurisconsultes ne sont pas moins unanimes en faveur de cet usage, que nos Coutumes & les Arrêts. *Faber, Benedicti, Mazuer, Bœrius* & les autres qui les ont suivis, M. le Prêtre & Brodeau dans les endroits ci-devant cités, enfin Dumoulin en

ſon Commentaire ſur l'ancienne Coutume de Paris §. *120. n°. 2. & §. 160. n°. 7*, rendent tous témoignage à l'autenticité de cet uſage ; & ce dernier ajoute même qu'il doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne contiennent point de diſpoſition contraire.

Il y a plus : quoiqu'il paroiſſe que cet uſage ſoit contraire aux principes du Droit Romain, il a été reçu auſſi favorablement dans les Provinces de Droit écrit que dans les Pays Coutumiers. Voyez ſur cela M. de *Cambolas Liv. 5. Chap. 35.* & *Henris Tome I. Liv. 5. queſt. 59.* Ainſi notre Ordonnance n'a fait autre choſe qu'ériger une Loi d'un uſage déja conſtant dans toute la France.

Auquel cas il ſera au choix du Donataire de prendre les biens tels qu'ils ſe trouveront au jour du décès du Donateur, en payant toutes les dettes & charges, même celles qui ſeroient poſtérieures à la Donation, ou de s'en tenir aux biens qui exiſtoient dans le tems qu'elle a été faite, en payant ſeulement les dettes & charges exiſtantes audit tems.

La plûpart des Auteurs, qui avant l'Ordonnance, admettoient les Donations univerſelles de tous biens préſens & à venir indiſtinctement, donnoient auſſi la même alternative aux Donataires ; à l'exception de Dupleſſis, qui, quoiqu'il admit auſſi ces ſortes de Donations de tous biens préſens & à venir indiſtincte-

ment, croyoit cependant qu'elles étoient indivisibles, & qu'il n'étoit pas permis d'en accepter une partie & de refuser l'autre.

ARTICLE XVIII.

Entendons pareillement que les Donations des biens présens faites à condition de payer indistinctement toutes les detes & charges de la succession du Donateur, même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendroit de la volonté du Donateur, puissent avoir lieu dans les Contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, par quelques personnes que lesdites Donations soient faites, & que le Donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à ladite Donation; & en cas que ledit Donateur par Contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation de ses biens pré-

ſens, ou d'une ſomme fixe à prendre ſur leſdits biens, voulons que, s'il meurt ſans en avoir diſpoſé, ledit effet ou ladite ſomme appartiennent au Donataire ou à ſes héritiers, & ſoient compris dans ladite Donation.

L'Article 16 de notre Ordonnance, n'a réprouvé les Donations faites à des conditions qui dépendent de la volonté du Donateur dans leur exécution, & n'a retranché des choſes données, celles dont il s'étoit réſervé de diſpoſer, que parce que dans l'un & l'autre de ces deux cas, le Donateur *donne & retient*, ce qui eſt contraire à l'irrévocabilité & à la certitude qui ſont l'eſſence de la Donation entre-vifs. Mais comme la regle *donner & retenir ne vaut*, n'a point lieu dans les Donations faites par Contrat de mariage, ainſi qu'on l'a démontré ci-devant, ce qui a été prohibé par l'Article XVI. pour toutes les Donations ordinaires, a du être autoriſé pour les Donations faites par Contrat de mariage, puiſque la prohibition de l'Article XVI. n'a pour fondement que cette regle. C'eſt à cette conſéquence néceſſaire, que l'Article ſe réduit.



TITRE QUATRIÉME.

De l'Insinuation.

IL ne suffiroit pas, pour la perfection d'une Donation entre-vifs, qu'elle fut accompagnée d'*Acceptation* & de *Tradition* ; il lui manqueroit encore, pour la rendre valable vis-à-vis de toutes sortes de personnes, une troisiéme solemnité, c'est l'*Insinuation*.

L'*Insinuation* n'est autre chose que l'enregistrement des dispositions qui doivent être rendus publiques, pour éviter les fraudes. Tant que nous n'avons reconnu parmi nous d'autre Tradition que la réelle dans les Donations ; tant que nous avons cru qu'elles ne pouvoient être véritablement accomplies que par un délaissement

actuel & effectif de la part du Donateur, nous n'avons pas eu besoin d'autres voyes, pour rendre publiques nos Donations, que cette Tradition même. Car par ce moyen chacun étoit à portée de sçavoir par lui-même si un autre avoit donné, & ce qu'il avoit donné, puisqu'il n'avoit pu le faire, qu'en se dépossédant lui-même en faveur de celui à qui il avoit donné. Mais depuis qu'à l'*instar* du Droit Romain, nous avons admis parmi nous la Tradition par voye feinte, & que nous l'avons fait marcher de pair avec la Tradition réelle; depuis qu'il a été permis en France de séparer la propriété d'avec l'usufruit & de donner l'un en retenant l'autre, la porte a été ouverte à la fraude & à la mauvaise foi. Un homme, en retenant l'usufruit de ce qu'il donnoit, pouvoit facilement donner tout son bien sans qu'il parut aucun changement ex-

térieur dans l'état de sa fortune. De-là nombre de gens trompés par de fausses apparences, contractoient avec cet homme dans la plus entiére sécurité, croyant y trouver les mêmes sûretés qu'auparavant ; & ils en étoient les victimes. Le secret des Donations pouvoit même demeurer concentré entre le Donateur & le Donataire jusqu'à la mort du Donateur ; & les héritiers du Donateur, flattés de même que les créanciers, par des fantômes illusoires, étoient pris au même piége; ils acceptoient, sans hésiter, purement & simplement, une succession qu'ils croyoient opulente, & qui par l'événement n'avoit plus rien de réel que des dettes considérables dont ils étoient tenus : & ce, par la distraction des biens donnés, qui ne faisoient plus partie de la succession. Il a donc fallu trouver un reméde proportionné à un aussi grand désordre &

ôter, s'il étoit possible, la clandestinité qui faisoit le vice de ces traditions par voye feinte. C'est ce qui a donné lieu à l'établissement de l'*Insinuation* pour les Donations entre-vifs.

L'*Insinuation* doit sa naissance parmi nous à François I. qui l'a introduite dans l'Ordonnance de 1539. Article CXXXII. Dans la suite cet Article eut besoin d'une interprétation qui fut donnée par la Déclaration du mois de Février 1549. Cette interprétation fut encore étendue & amplifiée par l'Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins en 1566. Nous passons sous silence & l'Edit d'Henry II. du mois de Juin 1548. & l'Ordonnance de 1553, parce que ni l'un ni l'autre n'ont jamais eu aucune exécution. Ensuite sont intervenus, l'Ordonnance de 1612, l'Edit de 1703, la Déclaration de 1704, une autre Déclaration de 1708, une de

1717. & une de 1729, enfin une derniére du mois de Février 1731. Il s'agit à present d'examiner ce que notre Ordonnance a changé, ajouté, ou diminué sur ces Loix antérieures.

A l'égard de l'ordre & de l'économie qui y ont été observés, les Articles XIX, XX, XXI. & XXII. traitent des Donations qui sont assujetties à la formalité de l'*Insinuation*, & de celles qui en sont exceptées. Les Art. XXIII. XXIV. & XXV. réglent le lieu & la forme de l'*Insinuation*; l'Article XXVI. en régle le tems; les Articles XXVII, XXVIII, XXIX, XXX. & XXXI. font l'énumération, tant de ceux qui pourront opposer le défaut d'*Insinuation*, que de ceux à qui on pourra l'opposer. L'Article XXXII. assujettit à la formalité de l'*Insinuation*, même l'Eglise & les mineurs. Enfin l'Article XXXIII. contient une exception

en faveur du Pays *de Flandre.*

ARTICLE XIX.

Les Donations faites dans les Contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'Insinuation.

Les peres & meres sont naturellement dans l'obligation de pourvoir leurs enfans, en les mariant, eû égard à leur qualité, & aux biens qu'ils possédent. Ainsi on doit moins regarder les Donations qu'ils leur font dans les Contrats de mariage, comme l'exercice d'une libéralité, que comme l'acquit d'un devoir & d'une dette. C'est pour cela que les meilleurs Auteurs ont toujours pensé, que ces Donations n'étant telles que de nom, devoient être affranchies de la formalité de l'Insinuation. Mais cet affranchissement est-il général & indéfini ? a-t'il lieu contre toutes sortes de personnes, & une Donation peut-elle être impunément dépourvue de la formalité de l'Insinuation, tant vis-à-vis des créanciers, que vis-à-vis des héritiers du Donateur, par cela seul, que cette Donation est faite par Contrat de mariage en ligne directe ?

La Jurisprudènce des Arrêts a toujours constamment décidé, qu'une Donation étoit valable, sans Insinuation, contre les héritiers du Donateur. Et la raison pour laquelle ils ne peuvent se prévaloir du défaut d'Insinua-

tion, est sensible. L'Insinuation a été établie, pour ôter la clandestinité des Donations. Or est il vrai-semblable que les héritiers du Donateur ayent ignoré le Contrat de mariage de leur frere ou de leur sœur, qui contient la Donation ? & un Acte aussi solemnel & aussi authentique dans la famille, peut-il passer pour secret & clandestin à leur égard ? c'est ce qui ne se peut présumer.

Mais il s'en faut bien, que la même raison milite contre les créanciers du Donateur, qui peuvent parfaitement n'avoir aucune connoissance, ni du Contrat de mariage, ni de la Donation. Aussi voyons-nous, que la Jurisprudence a été long-tems incertaine à leur égard. Ricard rapporte des Arrêts qui ont décidé pour & contre, & quoiqu'il penche pour l'opinion contraire aux créanciers, (qui n'étoit cependant pas la plus suivie de son tems, selon lui-même,) il auroit souhaité, dit-il, que la question fut terminée par un Arrêt solemnel. Son souhait a été accompli. La Jurisprudence s'est enfin fixée à son sentiment. On en trouve un Arrêt entr'autres, dans la quatriéme partie du Journal du Palais, rendu en faveur de la Dame d'Hillerin contre les créanciers de son pere, en la quatriéme Chambre des Enquêtes, le 14 Mai 1675. au rapport de M. Mascarin. La troisiéme partie du même Journal du Palais, en fournit encore un autre du 31 Juillet 1673. qui a ordonné que M. le Duc de la Rochefoucault seroit colloqué du jour de son Contrat de mariage, contre les créanciers postérieurs, qui alléguoient le même deffaut d'Insinuation. Nous avons un Edit du feu

Roi, qui a confirmé cette derniere Juriſprudence. C'eſt l'Edit du mois de Décembre 1703. qui ordonne, que toutes les Donations entre-vifs, ſoit de meubles ou immeubles, ſeront inſinuées, à l'exception de celles qui auroient été faites en ligne directe, par Contrat de mariage, ſans diſtinction des créanciers d'avec les héritiers. Notre Ordonnance y eſt relative, & forme ſur ce point, une exception à la Déclaration du mois de Février 1549. qui aſſujettiſſoit à l'Inſinuation, auſſi bien les Donations faites par Contrat de mariage, que les autres, en ces termes. *Nous déclarons & ordonnons, que ſous le nom de Donation, ſeront compriſes & ſujettes à Inſinuation, les Donations faites en traité de mariage & autres, &c.*

ARTICLE XX.

Toutes les autres Donations, même les Donations rémunératoires, ou mutuelles, quand même elles ſeroient entiérement égales, ou celles qui ſeroient faites à la charge de ſervices & de fondations, ſeront inſinuées ſuivant la diſpoſition des Ordonnances, à peine de nullité.

Toutes les autres Donations ſeront inſi-

nues suivant la disposition des Ordonnances à peine de nullité.

Ces Ordonnances sont, 1°. celle de 1539. qui veut, Article CXXXII, que *toutes Donations qui seroient faites ci-après, soient insinuées & enregistrées ..... autrement soient réputées nulles.* 2°. La Déclaration donnée sur cette même Ordonnance, au mois de Février 1549. qui confirme cette disposition, & qui y comprend même les Donations faites par Contrats de mariage, & autres tant simples que rémunératoires. 3°. L'Ordonnance de Moulins de 1566. qui ordonne, que *toutes Donations faites entre-vifs ... de quelque forme & qualité qu'elles soient faites entre-vifs, seront insinuées, &c.* 4°. L'Edit de 1703. dont nous avons rapporté les dispositions sur l'Article précédent, & qui assujettit de même à l'Insinuation, toutes les Donations entre-vifs, en exceptant seulement, celles faites par Contrat de mariage en ligne directe, conformément à la nouvelle Jurisprudence.

Même les Donations rémunératoires.

Cette disposition est conforme aux anciennes Ordonnances. Celle de 1539. avoit en général ordonné l'Insinuation de toutes les Donations qui seroient faites entre les sujets du Roi, sans aucune distinction. Mais comme cette Ordonnance paroissoit avoir été tirée de la disposition du Droit Romain, on voulut aussi y appliquer les restrictions introduites par ce même droit, & dispenser de

la rigueur de la Loi, les diſpoſitions favorables, telles que les Donations rémunératoires. C'eſt ce qui a fait, que pour maintenir l'entiere obſervation de la Loi, le Prince fut obligé, par la ſeconde Déclaration qui intervint au mois de Février 1549. ſur l'Ordonnance de 1539. de déclarer, que ſous le nom de Donations, ſeroient compriſes & ſujettes à Inſinuation, les Donations faites entre-vifs, *combien qu'elles ne ſoient ſimples ains rémunératoires.*

Cependant Ricard (*a*) eſt d'avis, qu'il faut diſtinguer, les Donations vraiment rémunératoires, d'avec celles qui n'en ont que le nom. Quant aux Donations, dont l'énonciation des ſervices n'eſt qu'une couleur affectée, il convient, qu'elles ſont ſujettes à Inſinuation, parce qu'elles ne ſont proprement, que des Donations pures & ſimples déguiſées. Mais quand les ſervices ſont réels, & de nature à donner une action au Donataire contre le Donateur, il ſoutient, que les Donations qui ont ces ſervices pour objet, doivent être affranchies de la formalité de l'Inſinuation : parce que c'eſt plutôt, *datio in ſolutum*, qu'une véritable Donation. Il ſe ſert même, pour autoriſer ſon ſentiment, de ce que l'Ordonnance de Moulins, poſtérieure à la Déclaration de 1549. en faiſant l'énumération des Donations ſujettes à l'Inſinuation, ne parle point des *Donations rémunératoires*. Enfin il rapporte un Arrêt prononcé en Robes rouges à la Notre-Dame d'Août 1582. qu'il prétend être favorable à ſon avis.

(*a*) Ricard des Donations, Part. I. chap. 4. ſect. 3. n. 1093. & ſuivans.

Néanmoins,

Néanmoins, quelque plausible que paroisse cette distinction, notre Ordonnance ne l'a point adoptée, & pour éviter, sans doute, la difficulté de distinguer les Donations purement rémunératoires, d'avec les vraies Donations, ausquelles il seroit aisé de donner une telle couleur, elle a confirmé purement & simplement, la disposition de la Déclaration de 1549. en assujettisant à l'Insinuation, les Donations rémunératoires indéfiniment.

Ou mutuelles quand même elles seroient entiérement égales.

Quoique les Donations mutuelles, égales & réciproques, admises dans la plûpart de nos Coutumes, ne méritent pas d'être mises au rang des Donations; cependant elles ont toujours été rendues sujettes à l'Insinuation. L'Ordonnance de Moulins, Art. LVIII. y est précise. *Toutes Donations* (y est-il dit) *faites entre-vifs, mutuelles, réciproques, &c. seront insinées.* La Jurisprudence des Arrêts a même étendu cette disposition, jusqu'aux Donations mutuelles qui semblent ne rien retenir de la substance des Donations, comme dans la Coutume de Poitou, où ces sortes de Donations sont révocables jusqu'à la mort, par l'un des conjoints contre la volonté de l'autre; & les Arrêts de réglement, n'ayant pas été suffisans pour soumettre cette Province accoutumée à un usage contraire, il a fallu une Déclaration particuliere, qui a été vérifiée au Parlement le 5 Décembre 1622. par laquelle toutes Donations mutuelles, ont été déclarées sujettes

à l'Insinuation, sans préjudicier toutefois aux Donations faites, avant la Déclaration, en la Coutume de Poitou, & que le Roi a déclaré valables, quoiqu'elles n'eussent point été insinuées. Les Arrêts subséquens ont jugé en conséquence. Ainsi on peut dire, que depuis 1622. les Donations mutuelles & réciproques, ont été *universellement* assujetties à l'Insinuation.

Ou celles qui seroient faites à la Charge de service & de fondations.

L'Ordonnance de Moulins, joint aux Donations *mutuelles & réciproques*, les Donations onéreuses, comme sujettes à l'Insinuation. Sur ce fondement, la Cour n'en a pas même exempté les Donations faites pour œuvres pies, & en faveur des Eglises. M. Louet (a) atteste, que c'est ce qui a été décidé, par Arrêt prononcé à la Notre-Dame de Septembre de l'année 1588. Ricard (a) fait mention d'un autre Arrêt rendu le 30 Mai 1694. qui a déclaré nulle une Donation de cette espéce faite par M. de la Cour Président en la Chambre des Comptes, faute d'Insinuation.

Cependant ce même Auteur voudroit en exempter, particulierement à l'égard des héritiers du Donateur, les Donations faites aux hôpitaux ou autres Eglises, pour cause de fondations & avec charges, lorsqu'elles ne

(a) Louet lettre D. nomb. 27.

(a) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 4. Sect. 3. nomb. 1108.

sont pas excessives ; il rapporte même un Arrêt qu'il prétend confirmer son sentiment, & qu'il ne datte point. Il dit, que cet Arrêt a été rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée, & qu'il a confirméune Donation de 3.ou 4000.liv.en héritage & en deniers, faite au profit de l'hôpital de la ville de Troyes, quoiqu'elle ne fut pas accompagnée d'Insinuation, contre les héritiers qui profitoient d'ailleùrs d'une succession de 300000 liv. Mais notre Ordonnance n'est point entré dans cette distinction, & elle déclare sujettes à l'Insinuation, toutes les Donations faites à la charge de services & de fondations.

ARTICLE XXI.

Ladite peine de nullité n'aura pas lieu, néanmoins à l'égard des Dons mobiles, Augmens, Contr'augmens, Engagemens, Droits de rétention, Agencemens, Gains de nôces & de survie dans les Pays où ils sont en usage ; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter, notre Déclaration du 25 Juin 1729. sera exécutée suivant sa forme & teneur.

Dons mobiles.

En Normandie le mari prend ordinairement un Don mobile sur la Dot promise à sa femme, suivant l'Article CCCXC. de la Coutume de cette Province. Ce Don mobile, est plus ou moins fort, suivant qu'il est stipulé au Contrat. Le pere, en mariant sa fille, peut donner au mari en Don mobile toute sa Dot. Ce qui est une conséquence de l'Article CCL. de la Coutume. Mais si le pere n'a rien stipulé en Don mobile, l'usage de la Province est de donner au mari le tiers de la Dot de la femme.

Augmens.

L'Augment de Dot en Pays de Droit écrit, est une portion des biens du mari, qui est accordée à la femme survivante, pour lui aider à s'entretenir, suivant sa qualité. L'augment est ou contractuel, ou coutumier.

L'Augment contractuel, est celui qui est réglé par le Contrat de mariage. Il dépend absolument de la volonté des parties, qui le peuvent fixer à telle somme qu'ils veulent, sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard à la Dot de la femme, ni aux biens du mari.

L'Augment coutumier, est celui qui est réglé par l'usage. La quotité n'en est pas certaine & uniforme. Elle varie suivant la différence des Pays, des biens, & de la qualité des personnes. Au Parlement de Toulouse, elle est de la moitié sans distinction : au Parlement de Grenoble, l'Augment des personnes nobles, est plus fort que celui des rotu-

tiers ; au Parlement de Bourdeaux, l'Augment des filles eſt de la moitié, & celui des veuves du tiers ; dans les Pays de Droit écrit, du Parlement de Paris, quand la Dot eſt en argent, l'Augment eſt de la moitié, quand la Dot conſiſte en immeubles, l'Augment n'eſt que du tiers.

L'Augment des Pays de Droit revient à peu près à notre Douaire en Pays Coutumier.

Contr'augmens.

C'eſt une portion des biens de la femme, qui appartient au mari en cas de ſurvie, dans les Pays de Droit écrit; elle eſt proportionnée à peu près à l'Augment accordé à la femme, ſur les biens du mari, dans le cas où c'eſt elle qui eſt ſurvivante.

Engagemens.

L'Engagement en général, eſt la Tradition actuelle d'un héritage pour en jouir par le créancier, juſqu'au parfait payement de la dette pour laquelle l'engagement eſt fait, afin que les fruits de l'héritage tiennent lieu de l'intérêt de l'argent.

Droits de rétention.

C'eſt un avantage qui eſt ſtipulé en Pays de Droit écrit au profit du mari, de retenir, en cas de ſurvie, une certaine portion de la Dot, ou une certaine ſomme ſur la Dot de

ſa femme, à l'effet de n'être tenu, envers les héritiers de la femme, qu'à la reſtitution du ſurplus, dans le tems & de la maniere que les parties conviennent.

Agencemens.

C'eſt un terme principalement en uſage au Parlement de Bordeaux, pour dire un avantage en cas de ſurvie, que les futurs conjoints peuvent ſe faire par Contrat de mariage. Il a quelque rapport à ce que nous nommons *Préciput* en Pays Coutumier.

Gains de nôces & de ſurvie.

Ce ſont toutes les libéralités faites entre conjoints par leur Contrat de mariage, au profit du ſurvivant, ſoit qu'elles ſoient réciproques ou non. Ce terme eſt en uſage particulierement dans le Pays de Droit écrit.

A l'égard de toutes leſquelles ſtipulations & conventions, ladite peine de nullité n'aura pas lieu, à quelque ſomme ou valeur qu'elles puiſſent monter. Et notre Déclaration du 26. Juin 1729. *ſera exécutée ſuivant ſa forme & teneur.*

On a douté long-tems, ſi les Donations faites par forme d'*Augment*, *Contr'augment*, *Dons mobiles*, *Engagements*, *Gains de nôces*

& de furvie, étoient fujettes à l'Infinuation dans les Pays où elles font en ufage. C'eft ce qui a donné lieu à une Déclaration du 20 Mars 1708. dont l'Article III. ordonne pofitivement qu'elles feront infinuées. Mais comme toutes les autres Donations doivent être infinuées, à peine de nullité, fuivant les Ordonnances, & que la Déclaration de 1708. en affujettiffant les Donations dont il s'agit, à être infinuées, fembloit les y avoir affujetties *fous les mêmes peines*, le Prince a bien voulu tempérer cette rigueur à leur égard, par une feconde Déclaration du 25 Juin 1729. dont notre Ordonnance prefcrit l'exécution. Ainfi il doit demeurer pour conftant, que quoique les Donations par forme d'*Augmens*, *Contr'augmens*, &c. doivent, comme les autres, être infinuées, conformément à la Déclaration de 1708, cependant le défaut d'Infinuation n'en emporte pas la nullité aux termes de la Déclaration de 1729.

En effet la Déclaration de 1729. affranchit de la peine de nullité, faute d'Infinuation, les Dons mobils, Augments, Contr'augments, Engagements, Droits de rétention, Agencemens, Gains de nôces & de furvie; *déclarant, qu'audit cas, ceux qui auront négligé de fatisfaire à la formalité de l'Infinuation, n'ont dû & ne doivent être regardés, que comme fujets aux autres peines prononcées par les Edits & Déclarations.*

La même Déclaration explique dans fon préambule, la raifon du privilége accordé aux Dons mobils, Augments, Contr'augments, &c. Elle le fonde fur la différence effentielle, qui fe rencontre, entre les Dona-

tions & autres Actes de cette nature, où un tiers est intéressé, & entre des dispositions qui n'ont point le caractere d'une véritable Donation, n'étant que de simples conventions matrimoniales. Quant aux premieres, ausquelles un tiers peut être intéressé, elles doivent être regardées comme non avenues, quand elles n'ont point été rendues publiques par l'Insinuation. Mais pour les secondes, qui sont stipulées, entre les parties contractantes, soit pour aider le mari à soutenir les charges du ménage, soit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à sa femme, & pour établir par là une espece de compensation aussi favorable que juste, elles ne pourroient être déclarées nulles, faute d'Insinuation, sans détruire l'esprit & la liaison de toutes les clauses d'un Contrat de mariage, & cela dans un tems, où cette rigueur ne pourroit plus être réparée, & rendroit la condition des deux contractans entierement inégale.

Tels sont les motifs puissans, qui ont fait affranchir de la peine de nullité, faute d'Insinuation, les *dons mobils*, *Augmens Contr'augmens* & autres dispositions de cette espece.

ARTICLE XXII.

L'exception portée par l'Article précédent & par ladite Déclaration, aura pareillement lieu à l'égard des Donations de choses mobi-

liaires, quand il y aura Tradition réelle, ou quand elles n'excéderont point la somme de mille livres une fois payée.

Bien que les anciennes Ordonnances assujettissent à l'Insinuation toutes les Donations généralement, on a toujours crû, que leur disposition n'avoit lieu à l'égard des Donations mobiliaires, que lorsqu'elles étoient universelles; mais lorsque ces Donations sont particulieres, ç'a toujours été un usage constant, confirmé par la Jurisprudence, de les exempter de l'Insinuation. M. Louet & son Commentateur (a) en rapportent divers Arrêts.

Néanmoins, comme le remarque fort bien Ricard, l'expérience nous fait voir tous les jours, qu'il y a tel Marchand qui ne possédant pas pour un sol d'héritages, ne laisse pas d'avoir crédit pour des sommes immenses, sur les meubles & sur l'argent qui lui appartiennent; & cependant en conséquence de cette maxime générale, qu'il n'y a que les Donations universelles de meubles qui soient sujettes à l'Insinuation, ce Marchand pourroit valablement faire sans Insinuation une Donation de cent mille écus, qui demeureroit ainsi secrette, en fraude de ses héritiers & de ses créanciers, pourvu qu'elle ne portât pas le titre d'universalité; ce qui seroit évidemment éluder l'intention de la Loi.

Pour éviter cet inconvénient, notre Or-

a) Louet let. D. nomb. 24.

donnance n'a excepté de la régle générale de l'Insinuation à peine de nullité, que les Donations particuliéres de meubles qui n'excéderoient pas la somme de 1000 liv. une fois payée, & celles où il y a Tradition réelle, quoiqu'elles fussent d'une plus grande somme : parce qu'en effet la raison qui a fait établir l'Insinuation, n'a eu pour objet que de prévenir les fraudes que peut causer la clandestinité des Donations, tant à l'égard des Créanciers que des héritiers du Donateur. Or on ne peut pas dire qu'une Donation de meubles qui contient une Tradition actuelle soit clandestine, & que des Créanciers ayent postérieurement contracté avec le Donateur sur la foi de choses qu'il ne possédoit plus ; & par rapport aux Donations qui ne contiennent pas Tradition réelle, mais qui n'excédent pas la somme de 1000 liv., l'objet est par lui-même trop modique pour avoir pu être une considération suffisante à exciter les créanciers postérieurs à contracter avec le Donateur.

Ce n'est pourtant pas que notre Ordonnance ait dispensé entiérement les Donations mobiliaires d'être insinuées dans les deux cas qui y sont spécifiés ; au contraire elle déroge, même en cela, à la Jurisprudence des Arrêts. Mais elle les affranchit seulement de la peine de nullité, attendu que dans ces deux cas le défaut d'Insinuation ne peut nuire, ni aux créanciers, ni aux héritiers du Donateur, comme nous venons de le remarquer.

ARTICLE XXIII.

Dans tous les cas où l'Insinuation est

nécessaire à peine de nullité, les Donations d'immeubles réels, ou de ceux qui, sans être réels, ont une assiette selon les Loix, Coutumes & Usages des lieux, & ne suivent pas la personne du Donateur, seront insinuées sous ladite peine de nullité, aux Greffes des Bailliages & Senéchaussées Royales, ou autre Siége Royal, ressortissant nuement en nos Cours, tant du domicile du Donateur, que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés & ont leur assiette; & à l'égard des Donations de choses mobiliaires, même des immobiliaires qui n'ont point d'assiette & suivent la personne, l'Insinuation s'en fera seulement au Greffe du Bailliage ou Senéchaussée Royale, ou autre Siége Royal ressortissant nuement en nos Cours, du domicile du Donateur. Deffendons de faire aucunes Insinuations dans d'autres Jurisdictions Royales, ou dans les Justices

Seigneuriales , même dans celles des Pairies : & en cas que le Donateur y ait son domicile , ou que les biens donnés y soient situés , l'Insinuation sera faite au Greffe du Siége qui a la connoissance des cas Royaux dans le lieu dudit domicile ou de la situation des biens donnés , le tout à peine de nullité.

Dans tous les cas ou l'Insinuation est nécessaire à peine de nullité , les Donations d'immeubles réels, ou de ceux qui , sans être réels , ont une assiette suivant les Loix , Coutumes ou usages des lieux & ne suivent pas la personne du Donateur.

Les biens qui , sans être immeubles réels , ont cependant une assiette selon les Loix , & ne suivent pas la personne du Donateur , sont les charges réelles des héritages , comme les rentes fonciéres , lesquelles retiennent la qualité , l'assiette & les propriétés des héritages qui en sont chargés.

Seront insinuées sous ladite peine de nullité , aux Greffes des Bailliages ou

Senéchaussées Royales, ou autre Siége Royal ressortissant nuement en nos Cours, tant du domicile du Donateur, que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés & ont leur assiette.

L'Ordonnance de 1539. qui est la plus ancienne de toutes nos Loix, sur l'Insinuation, contient en substance, toutes les dispositions des Loix postérieures, sur les lieux où l'Insinuation doit être faite. *Nous voulons*, dit l'Article CXXXII. de cette Ordonnance, *que toutes donations .... soient insinuées en nos Cours & Jurisdictions ordinaires des parties & des choses données, autrement seront réputées nulles.* Une des premieres difficultés qui s'éleva sur l'interprétation de cette Ordonnance, fut de sçavoir, si l'Insinuation pouvoit être faite, aussi bien dans les Justices de Seigneurs, que dans les Justices Royales : la raison de douter étoit que l'Ordonnance portoit bien, *en nos Cours*, ce qui marque les Justices Royales; mais qu'elle avoit ajouté ensuite, *& Jurisdictions ordinaires des parties & des choses données*, ce qui sembloit induire, que lorsque les choses données étoient dans l'étendue des Justices Seigneuriales, ou que les parties y faisoient leur domicile, on pouvoit insinuer dans ces Justices, qui étoient pour eux *les Jurisdictions ordinaires.*

Ces doutes ont été levés par la Déclaration de 1549. dont voici les termes. *Et en ce que ledit Article* (CXXXII.) *porte que les Donations seront insinuées en nos Cours & Jurisdictions des choses données, Nous entendons que ladite*

Insinuation se fasse, en la Jurisdiction Royale des lieux, où les choses données seront assises, sans préjudice toutefois des procès pendans & indécis, sur l'intelligence & l'interprétation de ladite Ordonnance.

Cette Déclaration, qui avoit pour objet de terminer une difficulté, donna naissance à un nouveau doute; elle ne parloit de la nécessité de l'Insinuation, que *dans la Jurisdiction Royale des choses données* : c'est ce qui fit imaginer à quelques-uns, que cette Déclaration avoit voulu déroger en cela à l'Ordonnance de 1539. qui requiert l'Insinuation en la Jurisdiction ordinaire des parties, aussi bien que dans celle *des choses données*. Mais l'Ordonnance de Moulins a donné sur cette matiere tous les éclaircissements possibles; elle porte, Article LVIII. que *l'Insinuation sera faite ès Grefs de nos Siéges ordinaires, de l'assiette des choses données, & de la demeurance des parties*. Ainsi on n'a plus douté, depuis ce tems-là, que l'Insinuation ne dût être faite aux Siéges Royaux, tant de la situation de la chose donnée, que du domicile des parties.

On croyoit par là, avoir prévenu jusqu'aux moindres semences de difficultés, sur les Jurisdictions où devoit être faite l'Insinuation. Cependant, il s'en est encore élevé sur cela de bien considérables. Il est dans le Royaume nombre de villes, où il y a deux Jurisdictions Royales, la Prévôté & le Bailliage : aucune Ordonnance ne décidoit en laquelle des deux il falloit insinuer. D'ailleurs, la qualité des personnes & des biens donnés, fournissoit encore matiere à des différents continuels, d'autant que les Greffiers des Baillages

& Sénéchaussées, prétendoient devoir insinuer les Donations des nobles, ou faites aux nobles, & celles qui contenoient des terres & choses nobles ou féodales. Il a fallu, pour appaiser ce désordre qui jettoit tous les jours de plus profondes racines, une nouvelle Loi dont Louis XIII. est l'Auteur. C'est l'Ordonnance du 15. Décembre 1612. vérifiée au Parlement le 26 Juillet 1613. *Nous avons validé & validons*, porte cette Ordonnance, *toutes & chacunes les Insinuations des Contrats & dispositions sujettes à icelles par lesdites Ordonnances faites aux Siéges de nos Justices ordinaires, sans distinction du premier ou second dégré de Jurisdiction, étant en même Ville, pourvû qu'elles soient faites aux Siéges de nos Justices établies aux lieux plus prochains de l'assiette des choses données, & du Domicile des parties, suivant lesdites Ordonnances; confirmons, approuvons & autorisons, tous & chacuns les Contrats des Donations & autre disposition en quelque maniere que ce soit, faits jusqu'à ce jour insinués dans le tems porté par lesdites Ordonnances, en l'un ou en l'autre desdits Greffes des Prévôtés, ou Baillages ou Sénéchaussées; voulons qu'ils sortent leur plein & entier effet, pourvû qu'ils ne soient débattus pour autre chose, que pour avoir été insinués en l'un desdits Greffes, nonobstant les Arrêts donnés au contraire, que nous ne voulons nuire aux parties. Voulons que dorénavant, du jour que ces présentes auront été luës & publiées aux Siéges desdites Justices, ès Villes esquelles il y aura Siége de Prevôt, Chastelain, Vicomte, ou autre Jurisdiction inférieure & pareillement Siége de Baillage & Sénéchaussée, les Insinuations seront faites au Siége des-*

dits Bailliages & Senéchaussées, & en ceux desdites Prévôtés indifféremment sans aucune distinction, & que les donations & autres dispositions ne pourront être débattues pour le défaut de ladite Insinuation, pourvû qu'elles ayent été insinuées en l'un ou en l'autre desdits Greffes de Bailliages & Sénéchaussees ou Prévôtés étant en même Ville ..... Et aux Villes où il n'y a que Prévôté & Chastellenie ou autre Justice ordinaire, seront les Insinuations faites aux Greffes d'icelles, sans qu'elles se puissent valablement faire aux Greffes des Bailliages & Senéchaussées, où ressortissent les appellations desdites Prévôtés & Chastellenies, le tout sans préjudice des droits acquis aux parties par les jugements & Arrêts.

Les choses sont demeurées dans l'état, où les avoit mises l'Ordonnance de 1612. jusqu'au mois de Décembre 1703. qu'il plût au feu Roi de donner un Edit portant création de Greffiers des Insinuations. Par cet Edit, il ordonna que toutes Donations entre-vifs, soit de meubles ou immeubles, seroient insinuées sur le Registre des Greffiers des Insinuations laïques créés par le même Edit dans les tems & sous les peines portées par les anciennes Ordonnances. Cet Edit fut suivi d'une Déclaration donnée le 19. Juillet 1704. qui accorda à ceux qui avoient acquis les Offices de Greffiers des Insinuations laïques, la faculté de commettre à l'exercice d'iceux dans le ressort du Siége de leur établissement.

Ces nouveaux Greffiers ne tardérent pas long-tems à abuser de cette Déclaration; ils ne se contentérent point de commettre dans les Siéges Royaux de leur ressort; mais pour multiplier

multiplier les émolumens, ils commirent auffi dans les Juftices des Seigneurs. Comme cet abus étoit pofitivement profcrit par les anciennes Ordonnances, il fallut une Déclaration dérogatoire, que le feu Roi voulut bien donner en leur faveur le 30 Novembre 1717, par laquelle il déclara, que toutes Infinuations qui avoient été faites jufqu'alors & celles qui feroient faites dans la fuite aux Bureaux établis dans les Juftices des Seigneurs particuliers, feroient auffi valables que fi elles avoient été faites dans les Juftices Royales.

Dans la fuite on reconnut les inconvéniens auxquels donnoit lieu cette liberté d'infinuer les Donations dans toutes fortes de Jurifdictions. C'eft pourquoi on jugea à propos non-feulement de rappeller à cet égard les difpofitions des anciens réglemens, mais même de reftraindre encore la faculté qu'ils accordent d'infinuer aux Jurifdictions Royales fubalternes. Auffi notre Ordonnance dérogeant aux anciennes & fur-tout à celle de 1612, quant à ce, veut que dorénavant l'Infinuation ne foit faite qu'aux Greffes des Bailliages & Senéchauffées Royales, ou autre Siége Royal reffortiffant nuement aux Cours Souveraines. La Déclaration rendue fur cette Ordonnance le 17 Février 1731. a changé quelque chofe à cette difpofition : en ce qu'aux termes de l'Article premier de cette Déclaration, ce n'eft plus au Greffe des Bailliage & Senéchauffée que doit être faite l'Infinuation, c'eft *aux Bureaux établis pour la perception des droits d'Infinuations près les Bailliages & Senéchauffées Royales ou autre Siége Royal, reffortiffant nuement aux Cours Souveraines.*

Et à l'égard des Donations de choses mobiliaires, même des immobiliaires qui n'ont point d'assiette & suivent la personne.

Les choses immobiliaires qui suivent la personne, sont, par exemple, les rentes constituées qui, dans les Coutumes même où elles sont regardées comme immeubles, suivent la personne du créancier, & non les choses sur lesquelles elles pourroient être hypothéquées, même spécialement, suivant la Jurisprudence des derniers Arrêts. C'est pour cela que ces sortes de rentes, non plus que le mobilier, n'étoient point assujetties, même avant l'Ordonnance, à être insinuées autre part qu'en la Justice Royale du domicile du Donateur. Ainsi jugé par Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit de l'année 1606. (*a*)

L'Insinuation s'en fera seulement au Greffe du Bailliage, ou Senéchaussée, ou autre Siége Royal ressortissant nuement en nos Cours du domicile du Donateur.

L'Ordonnance assujettit les Donations immobiliaires en général, a être insinuées, non-seulement au Bailliage Royal du domicile du Donateur, mais encore en celui de l'assiette des choses données, & à l'égard des Dona-

(*a*) Le Prêtre Cent. premiere Chap. 44.

tions mobiliaires, elle se contente qu'elles soient insinuées au lieu du domicile du Donateur. La raison de disparité est sensible, & elle est puisée dans la différence qu'il y a entre les choses immobiliaires & les mobiliaires. Les choses immobiliaires ont généralement parlant par elles-mêmes, une assiette qui peut ne pas se rencontrer dans le lieu du domicile du Donateur. Ainsi comme l'Insinuation n'a d'autre effet que de rendre publiques les Donations, il a bien fallu dans ce cas ordonner une double Insinuation, afin d'augmenter, par-là, la publicité de l'Acte. Mais à l'égard des meubles, comme ils n'ont point d'assiette particuliére & qu'ils suivent dans nos maximes, le domicile de celui qui les posséde, il suffit, pour en rendre la Donation valable & authentique, d'insinuer au Bailliage du domicile du Donateur.

Défendons de faire aucunes Insinuations dans d'autres Jurisdictions Royales, ou dans les Justices Seigneuriales.

Cette défense est une dérogation expresse à la Déclaration du 30 Novembre 1717. qui avoit déclaré valables les Insinuations faites & à faire aux Justices Seigneuriales.

Même dans celles des Duchés Pairies.

Peut-être auroit-on pu croire que les Duchés Pairies, à cause de leur prééminence & dignités, n'étoient point compris dans la défense concernant les Justices Seigneuriales, s'il n'y avoit été statué nommément; &

ce, avec d'autant plus de fondement, que les Duchés-Pairies, ressortissant nuement aux Cours Souveraines, semblent être assimilés aux Bailliages & Senéchaussées Royales. Cette opinion avoit des Partisans même avant la Déclaration du 30 Novembre 1717. & dans le tems que l'Ordonnance de 1612. étoit en pleine vigueur. Cependant elle avoit été proscrite par deux Arrêts; l'un est du 16 Avril 1615. fort prochain de cette Ordonnance; il a été mis au nombre des Arrêtés de la cinquiéme Chambre des Enquêtes. Auzanet en rapporte un autre rendu en la même Chambre sur un Procès dans lequel il dit avoir écrit en 1664.

Et en cas que le Donateur y ait son domicile, ou que les biens donnés y soient situés, l'Insinuation sera faite au Greffe du Siége qui a la connoissance des cas Royaux, dans le lieu dudit domicile, ou de la situation des biens donnés, le tout à peine de nullité.

Cette disposition est infiniment claire & prévient toute difficulté. Il ne s'agit plus que de sçavoir quels sont en général les cas Royaux, & quels Juges en ont la connoissance.

Les cas Royaux sont les crimes qui donnent directement atteinte à l'autorité Royale, & qui offensent la personne du Roi comme Roi : le dénombrement en est fait dans l'Article II. du Titre premier de l'Ordonnan-

ce criminelle de 1670. On peut y avoir recours, si l'on veut en avoir une connoissance plus étendue : mais ce détail seroit ici superflu.

La connoissance des cas Royaux est attribuée aux Baillifs, Senéchaux & Juges Présidiaux, privativement aux autres Juges Royaux & à ceux des Seigneurs.

ARTICLE XXIV.

Sera tenu à l'avenir dans chaque Bailliage ou Senéchaussée Royale, un Registre particulier, qui sera cotté & paraphé à chaque feuillet par le premier Officier du Siége, & arrêté à la fin de chaque année par ledit Officier, dans lequel Registre sera transcrit en entier l'Acte de Donation, si elle est faite par un Acte séparé, sinon la partie de l'Acte qui contiendra la Donation, ses charges ou conditions sans en rien obmetre ; à l'effet de quoi la grosse ou expédition dudit Acte seront representées, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la minutte.

Sera tenu à l'avenir dans chaque Bailliage ou Senéchaussée Royale un Registre particulier qui sera cotté & paraphé à chaque feuillet par le premier Officier du Siége.

Le Roi François I. dans l'Ordonnance de 1539. en établissant l'Insinuation, a en même tems marqué la forme dans laquelle elle devoit être faite. Car l'Article CXXXII. de cette Ordonnance porte non-seulement, que les Donations seront *insinuées*, mais incontinent après, il est ajouté, *& enregistrées*. En conséquence, il se tenoit dans chaque Greffe un registre qui n'étoit destiné à autre usage, qu'à rediger les Insinuations. Et même le Parlement a donné, pour le maintien de cet usage, un Arrêt bien solemnel en la Grand'Chambre le Mardi 29 Février 1656. Il a jugé par cet Arrêt, qu'une Insinuation faite au Siége de Pontoise en une feuille volante & non dans un registre, n'étoit pas valable ; & a fait défenses, par forme de réglement, au Juge de Pontoise, de souffrir de telles Insinuations, lui enjoignant de faire dorénavant insinuer les Donations dans le registre des Insinuations, sous peine d'interdiction, & de répondre des dommages & intérêts des parties. L'Auteur des Notes sur Ricard, (*a*) dit à ce sujet, qu'il seroit très à propos, à cause des inconvénients, que les Registres fussent cottés & paraphés par le Juge. Cependant avant notre

(*a*) Notes sur Ricard des Donations p, 1. Chap. 4. sect. 3.

Ordonnance, nous ne trouvons aucune Loi ni même aucun Réglement dans la Jurisprudence, qui ait prescrit ce dernier point. C'est pourquoi l'Article que nous interprétons, ne se contente pas d'ordonner, qu'il sera tenu un Regiſtre particulier pour insinuer les Donations, mais encore, afin de prévenir toutes les fraudes qui pourroient se commettre dans ce Regiſtre, il prend les mêmes précautions, que l'Article VIII. du titre 20. de l'Ordonnance de 1667. par rapport aux Regiſtres des baptêmes, mariages & sépultures, en exigeant que ce Regiſtre des Insinuations soit cotté & paraphé par le Juge, comme l'Ordonnance de 1667. l'exige pour les Regiſtres des baptêmes, mariages & sépultures.

La Déclaration rendue sur notre Ordonnance le 17 Février 1731. a fait quelques additions en ce point. Il paroît, en consultant les termes ds l'Ordonnance, que l'intention du Législateur, étoit que l'Insinuation fut faite au Greffe des Bailliages & Sénéchaussées, par le ministere du Greffier. Mais le Prince ayant depuis jugé à propos de donner à ferme les droits d'Insinuations, a établi auprès de chaque Bailliage & Sénéchaussée Royale, des Bureaux à cet effet. Néanmoins l'Insinuation est un Acte public, qui par conséquent ne peut être fait que par un Officier public. Or les Commis de ces Bureaux, n'ayant point, comme les Greffiers, un caractere public, sembloient ne pouvoir valablement faire un Acte aussi authentique qu'est l'Insinuation. Il a donc fallu commencer par leur imprimer un caractere. Et c'est à quoi a pourvû l'Ar-

ticle II. de la Déclaration, en ordonnant, que ces Commis feroient tenus de prêter ferment pardevant le Juge. La Déclaration leur prefcrit directement la même chofe que l'Ordonnance prefcrivoit aux Greffiers. Et cette Déclaration ajoute à l'Ordonnance, en ce qu'elle accorde au Juge, un droit pour le paraphe que l'Ordonnance ne lui donnoit pas. Voici les termes de cet Article II. de la Déclaration. *Voulons qu'à commencer au premier Juillet prochain, les Commis établis dans chacun defdits Bureaux, lefquels feront tenus de prêter ferment pardevant le Lieutenant Général des Siéges ci deffus nommés, tiennent un Regiftre féparé, cotté & paraphé par ledit Lieutenant Général, ou par le premier ou plus ancien Officier du Siége en fon abfence ... pour le paraphe defquels Regiftres, il fera pris 10 fols pour ceux de cinquante feuillets, 20 fols pour ceux de cent feuillets, & 3 liv. pour ceux qui contiendront plus de cent feuillets.*

Clos & arrêté à la fin de chaque année par ledit Officier.

On ne peut mieux faire fentir la conformité qu'il y a fur ce point entre la Déclaration & l'Ordonnance, qu'en rapportant les propres termes de l'Article IV. de cette Déclaration. *Lefdits Regiftres*, y eft-il dit, *feront clos & arrêtés à la fin de chaque année, par le Lieutenant Général, ou le premier ou plus ancien Officier du Siége en fon abfence.* Et comme il étoit néceffaire, que les Regiftres des Infinuations fuffent gardés dans un dépôt plus fûr

sûr que les Bureaux, le même Article ajoute : *& quatre mois après, seront mis au Greffe de la Jurisdiction, à quoi faire lesdits Commis seront contraints par corps, à la diligence des Substituts de nos Procureurs Généraux ; & sera dressé procèsverbal, par le Lieutenant Général ou par le premier ou plus ancien Officier du Siége, de l'état desdits Registres, au bas duquel, le Greffier de la Jurisdiction s'en chargera, pour en donner communication toutesfois & quantes, même en fournir des extraits gratis à nos Fermiers ou à leurs Commis, en leur remboursant les frais du papier timbré seulement, à peine de 100. liv. d'amende, qui sera encourue sur le simple procès verbal desdits Commis.*

ARTICLE XXV.

Le Dépositaire dudit Registre sera tenu d'en donner communication toutes les fois qu'il en sera requis, & sans ordonnance de Justice, même d'en délivrer un extrait signé de lui, si les parties le demandent ; le tout, sauf son salaire raisonnable, ainsi qu'il est réglé par notre Déclaration du 17 du présent mois.

Le Dépositaire dudit Registre sera tenu

d'en donner communication toutes les fois qu'il en ſera requis & ſans ordonnance de Juſtice, même d'en délivrer un extrait ſigné de lui, ſi les parties le demandent.

La Déclaration du 17 Février 1731. explique ce terme de *Dépoſitaire*. Pendant l'année du Regiſtre de l'Inſinuation, & même pendant les quatre mois depuis la clôture du Regiſtre, ce ſont les Commis des Bureaux qui en ſont les dépoſitaires, & par conſéquent c'eſt à eux à en donner les communications requiſes. Mais comme après les quatre mois de la clôture du Regiſtre, les Commis ſont obligés de les remettre au Greffe, ainſi que nous l'avons obſervé, c'eſt au Greffier alors à donner ces communications. Ceci préſuppoſé, il eſt facile de concilier l'Article III. de la Déclaration avec l'Article V. qui le ſuit. Dans le premier cas, c'eſt-à-dire pendant l'année du Regiſtre, & même dans les quatre mois de la clôture, l'Article III. veut, que *les Commis ſoient tenus de communiquer leſdits Regiſtres ſans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, & de fournir des extraits ou expéditions en papier, ſuivant qu'ils en ſeront requis, des Actes y inſérés.* Et dans le ſecond cas, c'eſt-à-dire, après les quatre mois de la clôture, l'Article V. de la Déclaration ordonne, *que les Greffiers ſeront pareillement tenus de communiquer leſdits Regiſtres, ſans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, & de fournir des extraits ou expéditions auſſi en p pier, ſuivant qu'ils en ſeront requis, des Actes y inſérées.* Ce ſont les propres termes des deux

Articles de la Déclaration, qui contiennent exactement les mêmes injonctions, que l'Article présent de notre Ordonnance.

Sauf son salaire raisonnable, & ainsi qu'il est réglé par notre Déclaration du 17 du présent mois.

C'est l'Article III. déja cité, qui contient ce Réglement. *Ne sera pris*, porte cet Article, *que 10 sols pour le droit de recherche dans chaque Regiſtre, & pareille somme pour chaque extrait délivré ; & en cas que les Commis fussent requis de délivrer des expéditions entieres des Actes enregistrés, il leur sera payé par rolle de Grosse, le même droit qui se paye pour les expéditions en papier, au Greffe du Siége près lequel ils sont établis.* Et dans le cas, où ce sont les Greffiers qui doivent délivrer ces extraits ou expéditions, l'Article V. de la même Déclaration leur défend, *de prendre pour raison de ce, d'autres droits que ceux qui sont attribués aux Commis*, par l'Article III. ci-dessus rapporté.

ARTICLE XXVI.

Lorsque l'Insinuation aura été faite dans les délais portés par les Ordonnances, même après le décès du Donateur ou du Donataire, la Donation aura son effet du jour de sa datte à l'égard de tou-

tes sortes de personnes. Pourra néanmoins être insinuée après lesdits délais, même après le décès du Donataire, pourvû que le Donateur soit encore vivant, mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'Insinuation.

Lorsque l'Insinuation aura été faite dans les délais portés par les Ordonnances.

Ces délais sont marqués dans l'Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins, qui porte que l'Insinuation sera faite *dans quatre mois, à compter du jour & datte d'icelles Donations, pour le regard des biens & personnes de ceux qui sont demeurant dans notredit Royaume, & dans six mois, pour ceux qui sont hors de notre Royaume.*

Même après le décès du Donateur ou du Donataire.

Notre Ordonnance ne fait que renouveller dans cette disposition, celle du même Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins qui, après avoir ordonné l'Insinuation dans 4 mois, à l'égard des personnes & biens qui sont dans le Royaume, & dans 6 mois à l'égard des autres, ajoute incontinent : *Et si dans ledit tems, le Donnant ou Donataire décédoit, pourra néanmoins l'Insinuation être faite dans ledit tems, à compter du jour dudit Contrat comme dessus.*

La Donation aura son effet du jour de sa datte, à l'égard de toutes sortes de personnes.

C'est une vérité depuis long-tems reconnue dans la Jurisprudence, que lorsque l'Insinuation est faite dans les quatriéme ou sixiéme mois de l'Ordonnance, elle est censée accomplie au même instant que le Contrat, & a un effet rétroactif, au jour que la Donation a été passée, pour faire que les créanciers intermédiaires du Donateur, n'ayent aucun droit sur la chose donnée. M. Louet fait mention d'un Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit, au rapport de M. Catinat au Procès d'Ordre du Comté de Tonnerre, qui l'a jugé ainsi.

Pourra néanmoins être insinué après lesdits délais, pourvû que le Donateur soit encore vivant.

C'étoit aussi une maxime qui passoit pour constante parmi nous, que, si le Donateur étoit encore vivant, après que les délais de l'Ordonnance étoient expirés, la Donation pouvoit encore être valablement insinuée. Le Parlement l'a ainsi jugé par un premier Arrêt donné au rapport de M. le Grand le 8 Mars 1578, le Procès ayant été parti en la cinquiéme Chambre des Enquêtes & départi en la premiere. Il est ensuite intervenu un Arrêt semblable en la cinquiéme Chambre des Enquêtes

au rapport de M. Louet, & ces deux Arrêts ont été ſuivis de pluſieurs autres. Ricard en rapporte le motif, qui eſt extrémement ſenſible. (*a*) « C'eſt, dit-il, que le Donateur ne » pouvant pas débattre la Donation, ſous » prétexte du défaut d'Inſinuation, elle ſub- » ſiſte toujours tant qu'il eſt vivant, & rien » n'empêche, que cette ſolemnité extrinſe- » que n'y ſoit ajoutée à l'égard des créanciers » poſtérieurs à l'Inſinuation, & des héritiers, » leſquels n'ayant encore aucun intérêt acquis, » n'ont auſſi aucun droit de la contredire; & il » ſuffit, pour ce qui les concerne, qu'elle ſe » trouve faite auparavant qu'ils puiſſent y être » intéreſſés. »

Même après le décès du Donataire.

C'étoit autrefois une grande queſtion de ſçavoir, ſi l'Inſinuation pouvoit ſe faire hors les quatre mois, mais après le décès du Donataire, pourvû que le Donateur fut vivant. Ricard (*b*) s'eſt déclaré pour la négative, ſur le fondement d'un Arrêt donné en la cinquiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. d'Eſpinoy le 17 Avril 1660. par lequel il a été jugé, que l'Inſinuation faite par les héritiers du Donataire après ſa mort, en préſence même de la Donatrice, ne pouvoit être d'aucun effet.

Notre Ordonnance au contraire a décidé pour l'affirmative, & ſa déciſion paroît beau-

(*a*) Ricard des Donations part. I. Chap. 4. ſect. 3. n. 1258.
(*b*) Ricard Ibid. n. 1275.

coup plus conforme à l'efprit de la Loi introductive de l'Infinuation. Car enfin le Légiflateur en établiffant cette formalité, n'a eu d'autre motif que de rendre publiques les Donations, tant en vûe des créanciers qui pourroient contracter poftérieurement avec le Donateur, que de fes héritiers. Et qu'importe à ces créanciers & héritiers du Donateur, que l'Infinuation foit faite du vivant du Donataire qui eft pour eux une perfonne étrangére, ou après fon décès ? En font-ils moins fuffifamment avertis de prendre leurs précautions, & de fe tenir fur leurs gardes, par une Infinuation faite après la mort du Donataire, que fi elle avoit été faite de fon vivant ? Non, fans doute. La circonftance de la vie ou de la mort du Donataire, lors de l'Infinuation, eft pour eux une circonftance indifférente, pourvû que le Donateur fût encore vivant dans ce tems-là.

Mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'Infinuation.

Lorfque l'Infinuation n'eft faite qu'après les délais de l'Ordonnance, on a toujours penfé, que les créanciers qui ont contracté dans l'intervalle du Contrat de Donation & de l'Infinuation, ont droit & hypoteque fur les chofes données, comme s'il n'y avoit point eu de Donation; laquelle ne commence à avoir d'effet, à leur égard, que du jour de l'Infinuation. Cette opinion avoit pour fondement, avant notre Ordonnance, plufieurs Arrêts, & un entr'autres, prononcé folemnellement en Robbes rouges à Pâques de l'année 1595.

par lequel il a été jugé, qu'une femme Donataire de ſon mari par leur Contrat de mariage, de l'uſufruit d'une maiſon, étoit mal fondée à s'oppoſer, afin de diſtraire cet uſufruit, aux criées de la maiſon pourſuivie à la Requête d'un créancier qui avoit contracté avec le mari, dans l'intervalle qui s'étoit écoulé entre la Donation & l'Inſinuation faite après le tems de l'Ordonnance; & cela, quoique le créancier eut été préſent au Contrat de mariage qui contenoit la Donation.

ARTICLE XXVII.

Le défaut d'Inſinuation des Donations qui y ſont ſujettes à peine de nullité, pourra être oppoſé, tant par les tiers Acquéreurs & Créanciers du Donateur, que par ſes Héritiers, Donataires poſtérieurs, ou Légataires, & généralement par tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le Donateur; & la diſpoſition du préſent Article aura lieu, encore que le Donateur ſe fut chargé expreſſément de faire inſinuer la Donation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts;

laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet.

Le défaut d'Insinuation des Donations qui y sont sujettes, à peine de nullité, pourra être opposé tant par les tiers Acquéreurs & Créanciers du Donateur, que par les Héritiers, Donataires postérieurs, ou Légataires.

Dès 1566 l'Ordonnance de Moulins, Article LVIII. avoit décidé bien nettement, *qu'à faute de ladite Insinuation, seroient & demeureroient les Donations nulles, & de nul effet & valeur, tant pour le regard du créancier, que de l'héritier du Donnant:* c'en sont les propres termes. Quelque peu équivoque que fut cette disposition, elle ne fut pourtant pas également observée dans tous les Parlemens du Royaume. Celui de Paris en a toujours maintenu par ses Arrêts la pleine & entiere exécution, tant à l'égard de l'héritier que des créanciers du Donateur. Mais l'usage du Parlement de Toulouse a toujours été de ne point recevoir les héritiers du Donateur à arguer une Donation de nullité par le défaut d'Insinuation. Car par un Acte de Notoriété de ce Parlement du 15 Juillet 1675. signé du Greffier en chef, il est dit, « Qu'encore » que par l'Article LVIII. de l'Ordonnance » de Moulins, il soit porté que les Donations » entre-vifs doivent être insinuées, tant à l'é- » gard des héritiers, que des créanciers du

» Donateur, néanmoins l'usage constant du
» Parlement de Toulouse, est que l'Insinua-
» tion n'est nécessaire que contre les créan-
» ciers du Donateur. Ainsi à l'égard du Do-
» nateur & de ses héritiers, ou autres per-
» sonnes qui tiennent à titre lucratif du chef
» dudit Donateur, elle est inutile. »

On peut y joindre encore un certificat de MM. les Gens du Roi du même Parlement du 7 Août 1675. & un Acte de Notoriété de la Viguerie de Toulouse du 8 Juillet 1675. qui prouvent la même chose. Voyez d'ailleurs MM. de la Rocheflavin, Mainard, de Cambolas, d'Olive, (*a*) dont l'examen nous jetteroit dans un trop long détail.

Il paroît que le Parlement de Bordeaux avoit adopté le même usage, suivant un certificat des Gens du Roi de ce Parlement, dont l'Auteur des Nottes sur Ricard fait mention. (*b*)

Notre Ordonnance, en abolissant cet usage, a ramené les Parlemens qui l'avoient suivi, à l'unité des principes, & à l'esprit de l'Ordonnance de Moulins. Elle y a même ajouté, en ce qu'elle a joint aux creanciers & aux héritiers, les Donataires postérieurs & les Légataires, conformément à un Arrêt du Parlement de Provence du 20 Juin 1673. (*c*) qui a jugé, qu'un second Donataire pouvoit débattre la Donation faite avant la sienne, à

(*a*) La Rocheflavin *liv. 6. tit.* 40. *Article XIII.*
Mainard *liv. 2. Ch.* 54. 57. *&* 60. *& liv.* 7. *Ch.* 97.
De Cambolas *liv. 6. Chap.* 3.
D'Olive *questions notables de droit liv.* 4. *Chap.* 4.

(*b*) Ricard des Donations part. I. Chap. 3. sect. 3. n. 1257.

(*c*) Suite de Boniface Tom 2. pag. 353.

cause du défaut d'Insinuation, bien qu'on alléguât qu'il n'étoit créancier qu'à titre lucratif, & qu'il avoit eu la liberté de ne pas accepter la Donation.

Et généralement par tous ceux qui y auront intérêts

Ricard, dans une Notte posthume qui se trouve à la fin de la glose 7. sect. 3. Chapitre 4. part. I. de son Traité des Donations, se demande à lui-même, si une femme, acceptant la communauté, peut alléguer le défaut d'Insinuation, dans une Donation faite par son mari pendant la communauté, pour empêcher que cette Donation n'ait effet à son égard pour sa moitié, quoiqu'elle ne soit ni héritiere ni créanciere du Donateur ? Et il décide qu'elle le peut, par la seule raison, qu'il suffit que la Donation lui porte préjudice; *encore*, dit-il, *que la Donation soit faite à personne capable & sans fraude.*

Basnage cependant, (*a*) rapporte un Arrêt du Parlement de Rouen du 27 Mai 1609. qui a jugé, que le fisc ne pouvoit pas alléguer le défaut d'Insinuation, n'étant ni héritier ni créancier; quoiqu'il eut un grand intérêt à faire tomber la Donation.

Autres néanmoins que le Donateur.

La raison pour laquelle le défaut d'Insinua-

(*a*) Basnage sur l'Article CCCCXLVIII. de la Coutume de Normandie.

tion ne regarde point le Donateur, & qui empêche ce Donateur d'être partie capable, pour contester la Donation sous ce prétexte, est que cette formalité n'est qu'extrinseque, & que le Donateur est valablement obligé envers le Donataire, aussi-tôt que sa libéralité est acceptée; ainsi l'Insinuation lui étant étrangere, & n'ayant eté introduite que pour rendre la Donation publique & la faire venir à la connoissance de tout le monde, il ne peut s'en prévaloir, & prétendre avoir ignoré un Acte qu'il a passé lui-même. On a toujours pensé, conformément à ces principes, surtout depuis l'Ordonnance de Moulins, qui, en n'accordant qu'aux héritiers du Donateur & à ses créanciers, le privilége d'opposer le défaut d'Insinuation, en a exclu le Donateur lui-même, d'une maniere bien expresse, quoique tacite.

Et la disposition du présent Article aura lieu, encore que le Donateur se fut chargé expressément de faire insinuer la Donation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts; laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet.

Rien n'est plus sage que cette disposition. Car l'Insinuation étant absolument étrangere au Donateur, il ne doit jamais conséquemment en être tenu, quand bien même, il s'y seroit obligé spécialement. Il lui suffit de s'être dessaisi de son bien, sans être engagé à rien de plus. C'est au Donataire qui profite de la

libéralité, à remplir ensuite toutes les formalités nécessaires, pour rendre l'Acte parfait & valable vis-à-vis toutes sortes de personnes.

ARTICLE XXVIII.

Le défaut d'Insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens, ou séparée d'avec son mari & à ses héritiers pour toutes les Donations faites à son profit, même à titre de Dot, & ce, dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire, à peine de nullité; sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leur recours s'il y échet, contre le mari ou ses héritiers, sans que, sous prétexte de leur insolvabilité, la Donation puisse être confirmée en aucun cas, nonobstant le défaut d'Insinuation.

Le défaut d'Insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens, ou séparée d'avec son mari & à ses héritiers pour toutes les

Donations faites à son profit, même à titre de Dot.

L'obligation d'insinuer les Donations, est générale, & comprend toutes sortes de personnes. Nul n'en est dispensé, & quelque favorable que soit son état, & l'impuissance où il se trouve, on n'y a aucun égard dans ce cas-ci, parce que l'Insinuation a pour but, l'intérêt des tiers, dont la sureté ne doit pas dépendre de l'état des personnes, ni de l'incertitude des événemens.

Et ce, dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire, à peine de nullité.

Les cas où l'Insinuation n'est pas nécessaire à peine de nullité, sont détaillés dans les Articles XXI. & XXII. ci-dessus expliqués. Ce sont les Dons mobiles, Augmens, Contr'augmens, Engagemens, Droit de rétention, Agencemens, Gains de nôces & de survie, dans les Pays où ils sont en usage; comme aussi les Donations mobiliaires, quand il y a Tradition réelle, ou quand elles n'excedent pas la somme de mille livres une fois payée.

Sauf à elle ou ses héritiers d'exercer leurs recours, s'il y échet, contre le mari ou ses héritiers.

Tant que le mariage dure, la femme est,

suivant notre usage, *in sacris mariti.* Le mari est absolument le maitre de la communauté, & elle ne peut accepter aucune Donation sans son authorité. Ainsi, lorsque le mari ne fait pas insinuer dans le tems prescrit une Donation qui est faite à sa femme, comme il n'est pas juste que la femme souffre de la faute du mari, il est de l'équité qu'il soit responsable de la perte, que ce défaut d'Insinuation a pu causer à sa femme : & après sa mort, ses héritiers, comme le représentant, sont tenus des mêmes obligations.

Sans que, sous prétexte de leur insolvabilité, la Donation puisse être confirmée en aucun cas, nonobstant le défaut d'Insinuation.

Le défaut d'Insinuation, est suivant notre Ordonnance, une nullité absolue & non relative ; par conséquent, elle ne se peut couvrir par aucunes circonstances, quelques favorables qu'elles puissent être. En effet, l'insinuation a pour but la conservation des droits de plusieurs personnes, sçavoir, des héritiers & des créanciers du Donateur ; & comme dans une Donation faite à une femme, l'insolvabilité du mari ou de ses héritiers, ne diminue ni ne change rien dans l'intérêt qu'ont les créanciers & les héritiers du Donateur d'être instruits de cette Donation, c'est pour cela, que l'Ordonnance n'a rien changé, non plus, à la peine de nullité qu'elle a ci-devant attachée au défaut d'Insinuation, dans le cas même, où la femme Donataire ne pourroit

avoir aucun recours contre ſon mari, ou contre ſes héritiers, à cauſe de leur inſolvabilité.

ARTICLE XXXI.

N'entendons néanmoins qu'en aucun cas ledit recours puiſſe avoir lieu, quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal, ſi ce n'eſt ſeulement lorſque le mari aura eu la jouiſſance de cette nature de bien, du conſentement exprès ou tacite de la femme.

N'entendons néanmoins qu'en aucun cas ledit recours puiſſe avoir lieu, quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal.

Cette diſpoſition ne peut avoir lieu, que dans le Pays de Droit écrit. Car dans nos Provinces Coutumieres, tout le bien que poſſede la femme, & qui lui advient par ſucceſſion, Donation, legs ou autrement, lui tient lieu de Dot, & par conſéquent la jouiſſance en appartient au mari pendant le mariage, pour en ſoutenir le poids & les dépenſes.

Mais en Pays de Droit écrit, la femme

peut

peut ne se constituer en Dot, qu'une partie de son bien, & retenir la jouissance & la propriété de l'autre partie, sous le titre de *bien Paraphernal*. Et par une suite nécessaire, rien n'empêche dans ces Provinces, qu'on ne puisse donner à la femme, à condition que le bien donné lui tiendra lieu de *bien Paraphernal*. Or comme la femme a la jouissance & la propriété de cette espece de biens, c'est à elle à veiller à leur conservation, en faisant insinuer la Donation dans le tems prescrit, & le mari qui n'y a rien, ni dans la propriété, ni dans l'usufruit, n'est non plus tenu de rien à cet égard.

Si ce n'est lorsque le mari a eu la jouissance de cette espéce de bien du consentement exprès ou tacite de la femme.

Les *biens Paraphernaux* dont le mari a la jouissance, ne sont *Paraphernaux* que de nom, mais en effet, ils équivalent aux *biens dotaux*. Or le mari est tenu de faire insinuer les Donations qui doivent faire partie desdits *biens dotaux* de la femme, & ce en qualité d'administrateur. Par conséquent, lorsque le mari a l'administration & la jouissance des *biens Paraphernaux* de sa femme, comme il a celle des *biens dotaux*, il doit être tenu du même engagement.

ARTICLE XXX.

Le Mari ni ses Héritiers ou ayant

cause ne pourront en aucun cas, & quand même il s'agiroit de Donation faite par d'autres que par le mari, opposer le défaut d'Insinuation à la femme commune ou séparée ou à ses héritiers ou ayant cause, si ce n'est que ladite Donation eut été faite pour tenir lieu à la femme de bien Paraphernal, & qu'elle en eut eu la libre jouissance & administration.

Le Mari ni ses Héritiers ou ayant cause ne pourront en aucun cas opposer le défaut d'Insinuation à la femme commune.

Par rapport au mari, on n'a jamais douté, qu'il ne fut non recevable à opposer à la femme commune, le défaut d'Insinuation, qui est de son propre fait. Mais à l'égard des héritiers, la question a fait plus de difficulté. La raison de douter, étoit, que les anciennes Ordonnances ayant déclaré nulles les Donations non insinuées à l'égard de l'héritier du Donateur, elles avoient donné par là à cet héritier une action personnelle qui lui appartenoit de son chef, pour opposer au Donataire, quel qu'il fût, le défaut d'Insinuation; sans qu'on pût induire contre lui une fin de non

recevoir, tiré de sa qualité particuliere d'héritier du mari.

Mais selon Ricard, (a) il faut distinguer en ce cas dans la personne du mari deux qualités, celle de *mari*, & celle de *Donateur*. Il est vrai, que les héritiers en tant que successeurs du mari comme *Donateur*, ne sont point tenus de la garantie du défaut d'Insinuation; attendu qu'à cet égard, c'étoit au Donataire à en faire les diligences. Mais comme successeur du mari, en tant que *mari*, ils sont tenus de cette garantie, parce que c'étoit au défunt, à avoir soin que la Donation fut parfaite. Il étoit le maitre; il avoit la direction des actions de sa femme; il étoit donc de sa diligence de faire faire l'Insinuation. C'est pourquoi ne l'ayant pas fait, sa succession en est demeurée garante, & par conséquent tenue des dommages & intérêts, qui ne peuvent pas monter à moins, qu'au contenu en la Donation. D'où il suit, que les héritiers du mari, en tant que *mari*, sont non recevables à la contester, suivant ce principe, que celui-là agit inutilement, qui se trouve garand de l'action qu'il a intentée; c'est à ce qu'il paroit sur ce fondement, qu'est établie la fin de non recevoir prononcée dans notre Article, contre le mari & ses héritiers, ou ayans cause, en faveur de la femme commune.

Ou séparée.

Les Auteurs qui ont admis la fin de non-

(a) Ricard des Donations part. I. Chap. 4. sect. 3. Glos. 7. n. 1242.

recevoir en faveur de la femme commune, n'ont point crû que la femme séparée méritât la même faveur. M. Louet (*a*) dit avoir vû juger, que la femme séparée de biens avec son mari, n'est pas dispensée de faire insinuer la Donation. Et de même Ricard (*b*) dénie formellement cette fin de non-recevoir, aux femmes séparées, attendu, dit-il, que la séparation autorise suffisamment la femme, pour faire insinuer les Donations qui lui sont faites, sans qu'elle ait besoin de l'autorité de son mari pour cet effet.

Cependant notre Ordonnance a pris le parti contraire, & a accordé cette fin de non-recevoir aussi bien à la femme séparée, qu'à la femme commune. Et en effet on juge tous les jours, que la femme séparée, n'est pas plus en état d'agir, & de s'obliger sans l'authorité de son mari, que si elle n'étoit point séparée.

Si ce n'est que ladite Donation eut été faite pour tenir lieu à la femme de bien Paraphernal, & qu'elle en eût eu la libre jouissance & administration.

Comme en Pays de Droit écrit, les femmes sont absolument les maîtresses de leurs *biens Paraphernaux*, c'est à elles à faire insinuer les Donations qui leur sont faites, pour

(*a*) Louet lettre I. nomb. 1.
(*b*) Ricard des Donations part I. Chap. 4. sect. 3. Glos. 7. n. 1243.

leur tenir lieu de *bien Paraphernal.* A moins que par l'événement, les biens donnés n'eussent été, du vivant du mari, *Paraphernaux* que de nom seulement, & que le mari en eut conservé la libre jouissance & administration.

ARTICLE XXXI.

Les Tuteurs, Curateurs, Administrateurs, ou autres qui par leur qualité sont tenus de faire insinuer les Donations faites par eux ou par d'autres personnes aux mineurs, ou autres étant sous leur autorité, ne pourront pareillement, ni leurs héritiers ou ayant cause, opposer le defaut d'Insinuation auxdits mineurs, ou autres Donataires dont ils ont eu l'administration, ni à leurs héritiers ou ayant cause.

La fin de non-recevoir établie par l'Article précédent, en faveur de la femme contre le mari & ses héritiers, doit avoir lieu à plus forte raison, en faveur du Pupille contre son Tuteur & ses héritiers & du mineur contre son curateur & ses héritiers, parce que le Pupille & le mineur, sont encore dans une bien plus grande incapacité d'agir, que la femme ma-

riée. L'Article présent étend sa disposition, à tous ceux généralement qui sont sous l'autorité d'autrui, contre leurs administrateurs & héritiers, la même raison militant en leur faveur.

ARTICLE XXXII.

Les Mineurs, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés ou autres qui jouissent du privilége des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'Insinuation, sauf leur recours, tel que de Droit, contre leurs Tuteurs ou Administrateurs, & sans que la restitution puisse avoir lieu, quand même lesdits Tuteurs ou Administrateurs se trouveroient insolvables.

Les Mineurs, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés ou autres qui jouissent des priviléges des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'Insinuation.

Quoique l'Ordonnance de 1539. fit de l'Insinuation une Loi de rigueur, contre toutes

sortes de personnes sans exception, cependant on eut peine d'abord à accorder à cette Ordonnance toute son étendue & tout son effet contre les mineurs, attendu que plusieurs n'étant pas de leur chef capables d'agir, il sembloit qu'il y eut de la dureté à leur imputer la négligence de ceux qui étoient chargés du soin de leurs affaires. Telle est la source de la différence qui se trouve à ce sujet dans la Jurisprudence. Dès les commencemens, cette question s'étant présentée dans des espéces extrêmement favorables, le Parlement par quelques Arrêts, enthérina les lettres obtenues par les mineurs, pour être restitués contre le défaut d'Insinuation. Choppin (a) rapporte un Arrêt intervenu en l'Audience de la Grand' Chambre au Rolle d'Amiens, le 9. Janvier 1576. dans l'espéce d'une Donation faite par Contrat de mariage, aux enfans qui en devoient être procréés, qui fut déclarée valable, en restituant les enfans Donataires contre le défaut d'Insinuation. Brodeau sur M. Louet (a) fait mention d'un autre Arrêt semblable, donné en la même Audience de la Grand'Chambre, le Lundi 7 Mars 1665. Mais comme le Parlement auroit crairt, qu'on ne prit ces Arrêts pour un Réglement général qui dispensoit les mineurs de l'Insinuation, il ajouta à la fin, qu'ils ne pouvoient être tirés à conséquence en d'autres causes.

Un troisiéme Arrêt prononcé en Robes rouges à Noël de l'année 1602. semble avoir jugé la même chose que les deux précédens, en faveur d'un nommé Jacques Dufour mineur,

[a] Chopin sur Paris, liv. 2. tit. 3. nomb. 16.
(b) Brodeau sur Louet let. D. nom. 68.

mais toujours dans des circonstances particuliéres. Car quand la question a paru dans les termes généraux, elle a été jugée contre les mineurs.

En effet, (comme le remarque Ricard) les Loix ont bien accordé aux mineurs des priviléges, pour la conservation des biens qui leur appartienent à juste titre, & pour empêcher qu'ils ne soient surpris, par les embûches qui peuvent être préparées contre la fragilité de leur âge. Mais lorsqu'il s'agit, d'acquerir ou de rendre leur condition meilleure, par des Donations qui leur sont faites ou autrement, ils n'ont jamais été dispensés du droit commun, ni de la rigueur d'une Ordonnance, qui est générale, & qui ne contient point d'exception en leur faveur.

Le Parlement de Toulouse, distinguoit sur la question présente, les héritiers d'avec les créanciers du Donateur. Et il jugeoit, que les mineurs pouvoient être dispensés du défaut d'Insinuation à l'égard des héritiers, mais non pas à l'égard des créanciers. *(a)*

Notre Ordonnance a proscrit cette distinction, & s'est attachée à la Jurisprudence du Parlement de Paris, comme plus simple, & plus conforme aux principes. En effet, il ne se rencontre en cette occasion, aucune différence réelle entre les héritiers & les créanciers du Donateur, attendu que le privilége, s'il y en avoit, ne résideroit pas en leurs personnes, mais en celle du mineur.

(a) Mainard liv. 2. chap. 54.
La Rocheflavin liv. 2. lettre M tit. 9. Article premier & liv. 6. tit. 4. Article XI. & XXVII.
D'Olive liv. 4. chap. premier.
De Cambolas liv. 2. chap. 27. & liv. 3. chap. 31.

ARTICLE

ARTICLE XXXIII.

N'entendons comprendre dans les dispositions des Articles précédens qui concernent l'Insinuation, les Pays de ressort de notre Parlement de Flandres.

Lors de l'établissement de l'Insinuation en France, la Flandre n'étoit point sous la domination Françoise ; & lorsqu'elle y a été réunie dans le dernier siécle, Louis XIV. a bien voulu s'engager à la conserver dans ses anciens usages & priviléges. C'est pourquoi l'Insinuation n'ayant jamais eu lieu dans cette Province, Louis XV. l'a dispensée de la regle générale à cet égard.

Sa Majesté a bien voulu accorder la même grace à la Province d'Artois, qui se trouvoit dans le même cas que celle de Flandre ; & il a été donné en faveur du Pays d'Artois, une Déclaration particuliere le 21. Janvier 1736. Par cette Déclaration, il a été dérogé, à l'égard de l'Artois, aux Art. XIX. & suivans de notre Ordonnance, jusqu'à l'Art. XXXII. sur le fondement que l'Insinuation n'y avoit jamais été observée non plus qu'en Flandre.



TITRE CINQUIÉME.

Du retranchement des Donations pour raiſon de la Légitime.

LA *Légitime* eſt une portion de biens qui appartient de droit naturel aux enfans par le décès de leurs peres & meres. Elle tire ſon origine de l'obligation où ſont les peres & meres par la Loi de nature, de conſerver à leurs enfans la vie qu'ils leur ont donnée : & comme ils ne peuvent plus après leur mort prendre ce ſoin, ni ſubvenir aux beſoins journaliers de leurs enfans; la Loi les oblige de leur laiſſer, après leur décès, ſi non tous leurs biens, du moins une portion ſuffiſante pour que ces enfans puiſſent ſe ſoutenir avec honneur,

proportionnément à la naissance & à la fortune de leur pere. Cette portion de biens est ce que nous appellons la *Légitime* des enfans.

La quotité de la *Légitime* est différente suivant les différentes Loix & Coutumes qui régissent les Provinces du Royaume. Nous n'examinerons pas ici ces différences, dont le détail passeroit les bornes que nous nous sommes proposées. Chacun peut, suivant le besoin, les puiser dans les sources mêmes des Loix & des Coutumes.

L'action pour la légitime, ou la querelle d'inofficiosité, n'avoit d'abord lieu que pour les Testamens dans lesquels la loi, par une précaution sage, obligeoit les peres de laisser, en mourant, à leurs enfans, une portion considérable de leurs biens, qui composoit leur *Légitime*; faute de quoi leurs Testamens étoient cassés, sur la seule plainte des enfans;

ou du moins leur *Légitime* leur étoit ſupplée, conformément à la demande en ſupplément que la Loi leur permettoit d'en faire.

Mais l'injuſtice & l'inhumanité de ces peres ainſi déſarmés par la Loi pour les Teſtamens, les ayant portés à donner leurs biens, par des Donations entre-vifs dans leſquelles leur liberté n'étoit point gênée, la Loi ſe trouva obligée d'accorder aux enfans la même action contre les Donations entre-vifs, qu'ils avoient déja contre les Teſtamens, ſçavoir la querelle d'Inofficioſité ou l'action de *Légitime*. La premiére Loi qui ait donné atteinte aux Donations entre-vifs, en faveur de la *Légitime*, eſt la Loi *Titia ſeio* 87. §. *imperator Dig. de Legatis*. 2, que nous avons adoptée dans notre uſage.

Ainſi donc quoique la Donation ſoit revêtue de toutes ſes formalités, c'eſt-à-dire, quoiqu'el-

le ſoit paſſée devant Notaires, acceptée, inſinuée & que la choſe donnée ſoit livrée ſoit par voye réelle ſoit par voye feinte, le Donataire ne peut pas ſe flater pour cela qu'il poſſede irrévocablement ; puiſque la Donation peut encore être révoquée, en tout ou en partie, par deux cauſes principales qui ne ſont point de ſon fait, ſçavoir, 1°. Pour raiſon de la Légitime des enfans du Donateur. 2°. Par les enfans qui ſurviendroient au Donateur depuis la Donation, lorſqu'il l'a faite ſans en avoir de vivans actuellement. Il y a encore une troiſiéme cauſe de révocation, qui eſt l'ingratitude du Donataire. Mais l'Ordonnance n'en parle point & il eſt au pouvoir du Donataire d'en empêcher l'effet.

Notre Ordonnance a terminé toutes les difficultés auxquelles a donné lieu cette réduction des Donations entre-vifs, pour rai-

ſon de la *Légitime* des enfans, dans les Articles XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII. & XXXVIII. qui ſuivent : l'Article XXXIV. régle de quelle maniére les Donataires contribuent entr'eux au fourniſſement de la *Légitime* : l'Article XXXV. décide la queſtion de ſçavoir, ſi la Dot eſt ſujette au retranchement pour la *Légitime*. L'Article XXXVI. examine la façon dont les Donataires univerſels des biens préſens & à venir doivent payer les *Légitimes*. L'Article XXXVII. détermine les cas auxquels ces mêmes Donataires de tous biens préſens & à venir doivent payer les *Légitimes*, lorſqu'ils renoncent aux biens à venir, pour s'en tenir à la Donation des biens préſens. Enfin l'Article XXXVIII. définit le tems auquel commence la preſcription, en faveur des Donataires contre les *Légitimaires*.

ARTICLE XXXIV.

Si les biens que le Donateur aura laiſſés en mourant, ſans en avoir diſpoſé, ou ſans l'avoir fait autrement que par des diſpoſitions de derniere volonté, ne ſuffiſent pas pour fournir la légitime des enfans, eu égard à la totalité des biens compris dans les Donations entre-vifs par lui faites & de ceux qui n'y ſont pas renfermés, ladite légitime ſera priſe, premiérement ſur la derniere Donation, & ſubſidiairement ſur les autres, en remontant des dernieres aux premieres; & en cas qu'un ou pluſieurs des Donataires ſoient du nombre des enfans du Donateur qui auroient eu droit de demander leur Légitime, ſans la Donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés juſqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime, & ils ne ſeront te-

nus de la Légitime des autres que pour l'excédent.

Si les biens que le Donateur aura laissés en mourant, sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de derniere volonté, ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans.

Les premiers biens, sur lesquels se doit prendre la légitime, sont ceux que le pere a laissés dans sa succession, sans en avoir disposé. Si ces biens ne sont pas suffisans, elle se prend, avant que de toucher aux Donations entre-vifs, sur les legs & autres dispositions testamentaires, parce que ce sont les derniers biens sortis des mains du Testateur : de sorte, que si les enfans trouvent dans les biens délaissés après le décès de leur pere, (soit qu'il en ait disposé par testament ou non,) de quoi remplir leur légitime, ils n'ont aucun droit d'attaquer ses dispositions entre-vifs. Car l'action de légitime contre les Donations entre-vifs, n'est que subsidiaire à la querelle d'inofficiosité contre les testamens ; & la premiere de ces deux actions ne peut avoir lieu, que dans le cas où, par le moyen de la seconde, il ne se rencontreroit pas de quoi fournir la légitime. Mais au défaut des biens laissés *ab intestat*, & des legs, on ne révoquoit point en doute, avant l'Ordonnance, que les Donations entre-vifs ne fussent sujettes à retranchement pour la légitime : parce que la légitime est une

dette de la nature, qui eſt plus privilégiée, que tous les Contrats de la Société Civile.

Eu égard à la totalité des biens compris dans les Donations entre-vifs par lui faites, & de ceux qui n'y ſont point renfermés.

La légitime ſe regle ſuivant les biens qu'avoit le pere, lors de ſon décès, en y joignant ceux qui ſe ſeroient trouvés dans ſa ſucceſſion, s'il n'en avoit diſpoſé par Donations entre-vifs. Ainſi pour déterminer quelle doit être la légitime de chaque enfant, il faut faire une maſſe des biens délaiſſés par le pere *ab inteſtat*, de ceux dont il a diſpoſé par teſtament, & de ceux dont il a fait des Donations entre-vifs; partager enſuite cette maſſe, en autant de part qu'il y a d'enfans; & à Paris, la moitié de chacune de ces parts, eſt la portion légitimaire de chacun des enfans. Selon le Droit Romain, la légitime des enfans n'eſt de la moitié, que lorſqu'ils ſont au nombre de cinq ou plus. Elle n'eſt que du tiers, lorſqu'ils ne ſont que quatre ou moins.

Cette légitime ſera priſe premierement ſur la derniere Donation, & ſubſidiairement ſur les autres, en remontant des dernieres aux premieres. Il y a cette différence eſſentielle, entre les Légataires & les Donataires, dans la contribution à la légitime, que les premiers y contribuent tous également, c'eſt-à-dire, à proportion de l'émolument; au lieu qu'à l'égard des ſeconds, il faut que les dernieres Donations ſoient entierement épuiſées, avant

que l'on puiſſe attaquer les Donations antérieures. La raiſon de la différence, eſt que, les libéralités teſtamentaires ne ſont point ſuſceptibles de priorité ni de poſtériorité, puiſqu'elles ne commencent toutes à avoir effet, que du jour du décès du Teſtateur. Mais dans les Donations il n'en eſt pas de même : elles ont chacune leur datte & leur perfection, du jour qu'elles ont été paſſées. De là, on ne peut accuſer les premieres Donations d'inofficioſité, s'il reſtoit encore, après ces Donations, au Donateur des biens ſuffiſans pour remplir la légitime de ſes enfans. Mais comme dans ce cas, ce ſont les ſuivantes ſeules qui ont entamé la légitime, & qui ont donné lieu à la plainte des enfans, c'eſt auſſi elles ſeules qu'il faut attaquer, en commençant par la derniere, & remontant ainſi ſucceſſivement.

Si pour autoriſer ce raiſonnement, on ſe contentoit des textes de Loix & de Coutumes, qui ont décidé la queſtion dans des cas ſemblables, on trouveroit une ſolution complette, dans la Loi *ſi libertus* 16. D. *de jure patronatus*, par rapport à la légitime des Patrons. On pourroit encore ſe ſervir avec avantage, de l'Article CCCCIII. de la Coutume de Normandie, qui établit auſſi très nettement notre maniere de retranchement, par rapport au Douaire, qui eſt la Légitime Coutumiere des enfans.

Mais pourquoi raiſonner par comparaiſon, lorſqu'on trouve des diſpoſitions formelles, par rapport à la Légitime même ? La premiere eſt l'Article CCCXXXV. de la Coutume d'Anjou conçu en ces termes : *qui donne plus*

qu'il ne peut à divers personnes, par un Contrat ou plusieurs, le don sera rescindé sur chacun des Donataires, selon la grandeur du don; si ainsi est, que des dons soient faits à iceux Donataires, pour en jouïr après le décès du Donateur & non plutôt. Mais si d'aucuns des dons le Donneur se dépouille, & en saisit les Donataires de son vivant, & depuis fait d'autres dons, ceux qui se seront ensaisinés des premiers dons qui n'excedent point, jouiront de tous iceux dons. La seconde disposition est l'Article CCCXLVII. de la Coutume du Maine, qui est conçu en mêmes termes que l'Article CCCXXXV. de celle d'Anjou. Aux textes des Loix & des Coutumes se joint le sentiment unanime des Jurisconsultes (*a*)

La Jurisprudence y est aussi conforme. On trouve pourtant un premier Arrêt, rendu en la Grand'Chambre, au Rolle des Jeudis, sur les conclusions de M. l'Avocat Général de la Moignon, le 14 Mars 1675. qui a confirmé une Sentence des Requêtes du Palais laquelle avoit condamné les enfans premiers Donataires, à contribuer également avec les derniers Donataires, au payement de la Légitime des autres enfans, qui n'avoient rien eu de la libéralité de leur pere. Cet Arrêt est connu au Palais, sous le nom de l'Arrêt de *Faverolles*.

Mais depuis & en la même année, par Ar-

(*a*) Despeisses, Tom. 2. des successions Testam. & *ab intestat*. part. 2. sect. 2. pag. 323. nomb. 6.

Paul de Castres sur la Loi, *si ut allegatio Cod. de inoffic. Donat.*

Ricard des Donations troisiéme part. Chap. 8. sect. 9. nomb. 1114. & suivans.

rêt intervenu en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Tronçon, (selon que Ricard l'assure (a) d'après M. Tronçon lui-même) le contraire a été jugé le 7 Septembre 1675. quoique l'Arrêt de la Grand' Chambre eut été produit au procès.

Il intervint un Arrêt semblable le 19 Mars 1688. sur les conclusions de M. l'Avocat Général Talon, dans le partage de la succession de Dame Marie Courtin Veuve de Messire François de *Veydeau*, Conseiller en la Cour, entre ses enfans ; il y en avoit quelques-uns Donataire par Contrat de mariage, d'autres à qui la mere n'avoit rien donné, & qui ne trouvoient pas leur Légitime dans sa succession à laquelle les enfans Donataires avoient renoncé. L'affaire renvoyée d'abord, par un premier Arrêt, devant M. Dreux Conseiller, MM. Sonnet, Ravierre, Loranchet & Dupré anciens Avocats, ces Arbitres jugerent, que les dernieres Donations devoient fournir la Légitime, avant que de toucher aux premieres. Il y eut appel de cette Sentence arbitrale, & elle fut confirmée par l'Arrêt susdatté. Ces deux Arrêts, de *Faverolles* & de *Veydeau*, sont rapportés dans le Journal du Palais.

Il est aisé de sentir la raison de leur différence, par la différence des especes. Et en effet, dans l'espece de l'Arrêt de *Faverolles*, le pere avoit témoigné par plusieurs Actes, & même par les Contrats de mariage de ses enfans, qu'il vouloit les égaler ; & c'est pour conserver cet esprit d'égalité, qui avoit animé

(a) Ricard Ibidem.

le pere, que la Cour crut, qu'elle devoit faire contribuer également les enfans Donataires à la Légitime des autres, qui ne la trouvoient pas dans la succession de leur pere : au lieu que dans l'espece de l'Arrêt de *Veydeau*, on n'a pas reconnu, que la mere Donatrice, ait eu cet esprit d'égalité.

L'Arrêt de *Veydeau* a été confirmé par un autre rendu en la premiere Chambre des Enquêtes le 7 Septembre 1705. il est connu sous le nom d'Arrêt de *Baudouin*.

Cette Jurisprudence n'étoit point particuliere au Parlement de Paris. M. le Président de Cambolas (*a*) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a ordonné de même, que les Légitimes seroient payées par les derniers Donataires.

Despeisses (dans l'endroit déja cité) dit, que cela se jugeoit ainsi tous les jours, à Grenoble.

La Peyrere (*a*) cite aussi deux Arrêts du Parlement de Bordeaux conformes à cette Jurisprudence.

Mais quelque respectable qu'elle soit par elle-même, par rapport à son uniformité dans les Cours Souveraines du Royaume, elle est devenue encore une Loi plus formelle, plus positive, & plus invariable, par l'adoption qu'en a faite notre Ordonnance, en prescrivant, que *la Légitime soit prise premierement sur la derniere Donation, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernieres aux premieres.*

(*a*) Cambolas Liv. 3. Chap. 39.
(*b*) La Peyrere l. N. n. 15.

Et en cas qu'un ou plusieurs des Donataires soient du nombre des enfans du Donateur, qui auroient eu droit de demander leur légitime sans la Donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés, jusqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime, & ils ne seront tenus de la Légitime des autres que pour l'excédent.

Ricard (*a*) établit la même exception, en faveur des enfans Donataires. Car, après avoir prouvé que, dans la Thèze générale, entre les Donataires entre-vifs, les premiers ne contribuoient à la légitime, que lorsque les derniers étoient épuisés, il ajoute : *Si ce n'est que les derniers donataires ne soient aussi enfans du donateur ; car en ce cas, ils auroient droit de retenir les donations qui leur ont été faites, jusques à la concurrence de leur Légitime.* Exception extrêmement équitable ! puisque le pere, bien loin d'excéder les bornes de son pouvoir, en donnant à un ou plusieurs de ses enfans, jusqu'à concurrence de leur Légitime, n'a fait au contraire que s'acquitter à leur égard, de son vivant, d'une dette dont il étoit tenu envers eux, du moins après sa mort.

(*a*) Ricard des Donations, part. 3. Chap. 8. sect. 9. nomb. 1114.

ARTICLE XXXV.

La Dot, même celle qui aura été fournie en deniers, ſera ſujette au retranchement pour la Légitime, dans l'ordre preſcrit par l'Article précédent: ce qui aura lieu, ſoit que la Légitime ſoit demandée pendant la vie du mari, ou qu'elle ne le ſoit qu'après ſa mort, & quand il auroit joüi de la Dot pendant plus de trente ans, ou quand même la fille dottée auroit renoncé à la ſucceſſion par ſon Contrat de mariage ou autrement, ou qu'elle en ſeroit excluſe de droit ſuivant la diſpoſition des Loix, Coutumes, ou Uſages.

La Dot ſera ſujette au retranchement pour la Légitime.

On trouve cette diſpoſition établie par deux Conſtitutions de l'Empereur *Conſtantius* rapportés dans le Code Theodoſien tit. *de inoffic. dotibus*. La premiere de ces deux Conſti-

tutiòns, ordonne en général, que toutes les Dots qui épuifent les biens des peres & des meres, au préjudice de la Legitime qui eft due à leurs enfans, feront fujettes à la réduction, auffi bien que les autres Donations entre-vifs. La fec[illegible]de Conftitution étend encore la [illegible] Dots mêmes que les femmes o[illegible] données à leurs maris, peres des enfans qui s'en plaignent.

Ces de[illegible]x Conftitutions de *Conftantius* ont été adoptées & réduites en une feule dans le Code Juftinien fous le même titre. *Cum omnia bona*, (dit la Conftitution de Juftinien) *à matre tua in dotem dicantur exhaufta, leges legibus concordare promptum eft; ut, ad exemplum Inofficiofi Teftamenti adverfus dotem immodicam exercendæ Actionis copia tribuatur, & filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.*

Même celle qui aura été fournie en deniers

La doctrine du retranchement des Dots même, pour la Légitime, établie par les Conftitutions des Empereurs Conftantius & Juftinien, ayant été reçue dans notre ufage, on a voulu y mettre quelqu'exception, par rapport aux Dots fournies en deniers; le prétexte étoit que les Dots en deniers étoient ordinairement employées à accommoder les nouveaux mariés dans leur ménage, & quelquefois même fe trouvoient confommées en dépenfes inutiles; de forte qu'il n'en reftoit plus rien communément aux époux, lors du décès des peres & des meres qui les avoient dotés

dotés. Mais ces raiſons frivoles n'ont point été écoutées, & ont même été proſcrites par un Arrêt bien ſolemnel, rendu le 3 Décembre 1642. en l'Audience de la Chambre de l'Edit, entre les *de Saint Vaaſt.* Par cet Arrêt la Cour a jugé que Marie *de Saint Vaaſt* prendroit ſa Légitime, à proportion de ce que ſes freres & ſœurs avoient reçu de leurs pere & mere, quoiqu'ils n'euſſent été dotés, pour la plus conſidérable partie, qu'en deniers ; ce qui formoit le principal objet de la conteſtation.

Néanmoins le Parlement de Toulouſe jugeoit que les Dots conſtituées aux filles par leurs peres, n'étoient point ſujettes à retranchement pour la Légitime de leurs freres & ſœurs, ſans même diſtinguer ſi la Dot étoit en deniers ou non. M. de Cambolas (*a*) rapporte un Arrêt donné ſolemnellement, toutes les Chambres aſſemblées, (après que le procès eut été parti en trois Chambres) & prononcé en Robes rouges par M. le Préſident de Verdun, qui l'a jugé ainſi. M. de la Rocheflavin (*b*) fait mention d'un Arrêt ſemblable, ſans cotter ni la date, ni l'année : il y a apparence que c'eſt le même.

Quoi qu'il en ſoit, notre Ordonnance a préféré l'uſage du Parlement de Paris, comme plus conforme au véritable eſprit de la Juriſprudence, & elle a rejetté celui du Parlement de Toulouſe, comme donnant atteinte à une Loi, qui a ſon fondement dans la nature même. En effet, s'il étoit permis à un pere de diſpoſer impunément, à titre de Dot,

(*a*) Cambolas, liv. 3. Chap. 34.
(*b*) La Rocheflavin, liv. 6, tit. 63, Art. XIV.

Qu'

en faveur d'une fille pour laquelle il auroit de la prédilection, les autres enfans se trouveroient, par-là, privés de légitime & d'alimens, pendant que leur sœur jouiroit de toute la fortune du pere commun. Injustice criante ! à laquelle l'Ordonnance a voulu couper cours, en décidant que, *la Dot, même celle qui aura été fournie en deniers, sera pareillement sujette au retranchement pour la Légitime.*

Dans l'ordre prescrit par l'Article précédent.

C'est-à-dire, que la fille dotée ne doit contribuer à la Légitime de ses freres & sœurs, qu'autant, que les Donations antérieures à son Contrat de mariage sont épuisées, sans être suffisantes pour remplir cette Légitime ; & que dans ce dernier cas même, la fille dotée peut retenir sur la dot, jusqu'à concurrence de sa Légitime personnelle.

Ce qui aura lieu, soit que la Légitime soit demandée pendant la vie du mari, ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort.

La raison de douter, si les enfans pouvoient exercer leur Action en légitime, sur la dot constituée à leur sœur, du vivant de son mari, c'est que la dot, vis-à-vis du mari, n'est point considérée comme un titre gratuit, mais comme un titre onéreux. Ainsi comme les ventes & autres aliénations à titre onéreux, faites

par le pere, ne ſont point ſujettes à retranchement pour la Légitime des enfans, il ſembloit que les dots ne devoient pas l'être non plus, vis-à-vis & du vivant du mari, à qui elles avoient été données à titre onéreux.

Mais on n'a point eu d'égard, en cette occaſion, à l'intérêt du mari; attendu, qu'il n'a pu ignorer ce qui étoit de droit commun, & qu'il a du ſçavoir, lors de la conſtitution dotale, que les freres & ſœurs de ſa femme, auroient droit un jour de revendiquer une partie de ce qu'il recevoit de ſa femme, s'ils ne trouvoient pas leur légitime dans la ſucceſſion de leur pere commun.

Et quand le mari auroit joüi de la Dot pendant plus de trente ans.

Ceci ſuppoſe une jouiſſance de trente ans antérieure à l'ouverture de la Légitime, c'eſt-à-dire, au décès de celui, ſur la ſucceſſion duquel la Légitime eſt demandée. Car ſi le mari avoit joui de la dot pendant 30 ans, depuis l'ouverture de la Légitime, il auroit acquis ſans difficulté, la preſcription contre les Légitimaires.

Ou quand même la fille dotée auroit renoncé à la ſucceſſion par ſon Contrat de mariage ou autrement.

Ç'a été autrefois une grande difficulté de ſçavoir, ſi la dot de la fille qui a renoncée par ſon Contrat de mariage devoit contribuer à

ſa légitime ? Ricard *(a)* ſe déclare pour la négative ; *n'étant pas juſte* (dit-il) *que la fille qui a ainſi renoncé , ne pouvant gagner , puiſſe perdre ; c'eſt un hazard qu'elle a pris*, ajoute cet Auteur , *qui étoit attaché à l'incertitude de la fortune , & qui eut été à ſon déſavantage , ſi ſon pere eut augmenté de biens , comme dans l'événement il lui eſt utile, eû égard à la décadence des biens de ſon pere.* Mais l'intérêt des Donataires poſtérieurs , a déterminé le Légiſlateur pour le ſentiment contraire. Car enfin ces Donataires ſe trouveroient grevés , ſi cette dot entrant dans la computation , elle ne ſervoit qu'à augmenter la Légitime des autres enfans , ſans néanmoins y contribuer dans ſon ordre.

Ou qu'elle en ſeroit excluſe de droit ſuivant la diſpoſition des Loix , Coutumes ou Uſages.

Il eſt quelques Coutumes qui excluent les filles dotées , de la ſucceſſion de leur pere. Telle eſt entr'autres , la Coutume de Normandie , dont l'Article CLIII. porte : *Fille mariée ne peut rien demander à l'héritage de ſes Anceſſeurs , fors ce que les hoirs mâles lui donnerent & octroyerent à ſon mariage.*

ARTICLE XXXVI.

Dans le cas ou la Donation des

(a) Ricard des Donations troiſiéme Part. Chap. 8. ſect 10. nomb. 1119.

biens présens & à venir pour le tout ou partie, a été authorisée par l'Article XVII. si elle comprend la totalité des biens présens & à venir, le Donataire sera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du Donateur, soit qu'il en ait été chargé nommément par la Donation, soit que cette charge n'y ait point été exprimée; & lorsque la Donation ne contiendra qu'une partie des biens présens & à venir, le Donataire ne sera obligé de payer lesdites Légitimes au-delà de ce dont il en peut être tenu de droit suivant l'Article XXXIV. qu'en cas qu'il en ait été expressément chargé par la Donation & non autrement; auquel cas d'expression de ladite charge, le Donataire sera tenu directement & avant tous les autres Donataires, quoique postérieurs, d'acquitter lesdites Légitimes, pour la part & portion dont il au-

ra été chargé par la Donation, & si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée, elle demeurera fixée à telle & semblable portion que celle pour laquelle les biens présens & à venir se trouveront compris dans la Donation; sauf au Donataire, dans tous les cas portés par le present Article, de renoncer, si bon lui semble, à la Donation.

Dans le cas où la Donation des biens présens & à venir pour le tout ou partie a été authorisée par l'Art. XVII.

L'Article XV. de notre Ordonnance, a proscrit pour la suite, toutes les Donations de biens présens & à venir, à peine de nullité, même pour les biens présens. Mais l'Article XVII. en a excepté les Contrats de mariage, qu'elle a rendu susceptibles de ces sortes de Donations, en accordant même, aux Donataires par Contrat de mariage, la liberté d'accepter la Donation dans son entier, ou d'en séparer les biens à venir, pour s'en tenir aux biens présens. Ainsi le cas, où la Donation des biens présens & à venir, pour le tout ou pour partie, a été autorisée par l'Article XVII. n'est autre que celui des Contrats de

mariage, ſoit que les libéralités faites aux conjoints ou à leurs deſcendans, viennent de la part de leurs aſcendans ou de la part de leurs parens collatéraux, ou même de la part d'étrangers, comme s'en explique le même Article XVII.

Si elle comprend la totalité des biens préſens & à venir, le Donataire ſera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du Donateur, ſoit qu'il en ait été chargé nommément par la Donation, ſoit que cette charge n'y ait point été exprimée.

Ceci n'eſt qu'une répétition détaillée d'une des diſpoſitition de l'Article XVII. ou plutôt c'eſt l'application de cette diſpoſition, qui eſt générale, à l'eſpece particuliere de la Légitime : cette diſpoſition porte, que dans le cas énoncé dans l'Article, il ſera au choix du Donataire, de prendre les biens tels qu'ils ſe trouveront au jour du décès du Donateur, en payant toutes les dettes & charges. Or comme les Légitimes des enfans ſont ſans contredit, une des principales charges de la ſucceſſion du Donateur, l'Ordonnance par une ſuite néceſſaire de ce qui avoit été ordonné dans l'Article XVII. veut ici, que les Donataires univerſels de tous biens préſens & à venir, payent indéfiniment toutes les Légitimes des enfans du Donateur; & elle ajoute, ſoit que le Donataire *en ait été chargé nommément par*

la Donation, soit que cette charge n'y ait point été exprimée; parce que ce Donataire receuillant seul tout le fruit de la succession, il est tenu de droit, d'en acquitter toutes les charges, sans qu'il faille aucune stipulation pour l'y obliger, suivant ce principe trivial, *quem sequuntur commoda, debent etiam sequi incommoda.*

Et lorsque la Donation ne contiendra qu'une partie des biens présens & à venir, le Donataire ne sera tenu de payer lesdites Légitimes, au de-là de ce dont il en peut être tenu de droit suivant l'Article XXXIV.

L'Article XXXIV. décide, que lorsque les biens laissés après le décès du Donateur, ne suffisent pas pour remplir les Légitimes des enfans, elles doivent être prises sur les Donations, en remontant des dernieres aux premieres. D'où il suit que le Donataire d'une portion seulement des biens présens & à venir, pouvant avoir postérieurement à lui d'autres Donataires, soit des autres portions des biens présens & à venir, soit même d'immeubles particuliers, il est juste que ces Donataires postérieurs (de quelque nature que soient les Donations à eux faites) contribuent à la Légitime, avant le Donataire, de portion des biens présens & à venir antérieur à eux; parce que ce sont les dernieres Donations qui sont toujours censées avoir absorbé les Légitimes.

Qu'en

Qu'en cas qu'il en ait été expressément chargé par la Donation, & non autrement.

On lit dans l'Article XVI. de notre Ordonnance, que *les Donations qui ne comprendroient que les biens présens, seront déclarees nulles, lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur en tout ou en partie, ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation, même de payer les Légitimes des enfans du Donateur, au-delà de ce dont il en peut être tenu de droit.* Cette Loi générale, dont on a tâché de développer les motifs dans les observations faites sur cet Article, a souffert une seule exception, en faveur des Donations faites par Contrat de mariage dans l'Article XVIII. *Entendons pareillement*, (porte l'Article XVIII.) *que les donations des biens présens faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du donateur, même les Légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendroit de la volonté du donateur, puissent avoir lieu dans les Contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans.* Notre Article confirme cette exception même dans le cas où le Donataire ne seroit point gratifié de l'universalité des biens présens & à venir, & seroit pourtant chargé de l'universalité des Légitimes. Il est vrai qu'elle exige pour cela une condition essentielle, qui est que cette charge soit expresse. Car, comme par elle-même elle est exhorbi-

tante & contraire à la proportion & à l'égalité qui doivent ſe rencontrer entre les bienfaits & les charges, elle ne peut avoir lieu, que lorſqu'elle eſt nommément exprimée dans la Donation.

Auquel cas d'expreſſion de ladite charge, le Donataire ſera tenu directement & avant tous les autres Donataires, quoique poſtérieurs, d'acquitter leſdites Légitimes pour la part & portion dont il aura été chargé dans la Donation, & ſi ladite portion n'y a pas été expreſſément déterminée, elle demeurera fixée à telle & ſemblable portion, que celle pour laquelle les biens préſens & à venir ſe trouveront compris dans la Donation.

L'Ordonnance accorde le privilége ſingulier aux Donateurs par Contrat de mariage, de mettre dans ces ſortes de Donations des conditions dont le plus ou le moins d'exécution dépend de leur volonté, & dont ils peuvent augmenter ou diminuer l'étendue, poſtérieurement à leur Donation. Telle eſt entr'autres la condition de payer les Légitimes en tout ou en partie, au-delà de ce dont le Donataire en eſt tenu de droit.

Mais lorſque cette portion n'eſt point expreſſément déterminée, la même Ordonnance veut que cette part ſoit proportionnée à la Donation même : c'eſt-à-dire, que ſi la Donation eſt de tous les biens préſens & à

venir, le Donataire sera chargé de payer toutes les Légitimes. S'il n'est Donataire que pour moitié, il sera tenu de remplir la moitié des Légitimes, & ainsi à proportion.

Sauf au Donataire, dans tous les cas portés par le présent Article, de renoncer, si bon lui semble, à la Donation.

L'alternative donnée en cet Article au Donataire par Contrat de mariage, d'accepter la Donation à lui faite ou d'y renoncer, s'il en trouve les conditions trop onéreuses, n'est qu'une confirmation de ce que porte l'Article XVIII. qui, après avoir ordonné que le Donataire sera tenu d'accomplir les conditions apposées dans l'Acte de Donation, ajoute : *s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation.*

ARTICLE XXXVII.

Si néanmoins le Donataire par Contrat de mariage de la totalité, ou de partie de biens présens & à venir, déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens qui appartenoient au Donateur au tems de la Donation, & qu'il renonce aux biens postérieurement acquis par ledit Donateur, suivant la faculté qui

lui eſt accordée par l'Article XVII. les Légitimes des enfans ſe prendront ſur leſdits biens poſtérieurement acquis, s'ils ſuffiſent, ſi non ce qui s'en manquera ſera pris ſur tous les biens qui appartenoient au Donateur dans le tems de la Donation, ſi elle comprend la totalité deſdits biens, & en cas que la Donation ne ſoit que d'une partie des biens, & qu'il y ait plusieurs Donataires, la diſpoſition de l'Article XXXIV. ſera obſervée entr'eux ſelon ſa forme & teneur.

Si néanmoins le Donataire par Contrat de mariage de la totalité ou de partie des biens préſens & à venir, déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens qui appartenoient au Donateur, au tems de la Donation, & qu'il renonce aux biens poſtérieurement acquis par ledit Donateur, ſuivant la faculté qui lui en eſt accordée par l'Article XVII., les Légitimes ſe prendront ſur leſdits biens poſtérieurement acquis, s'ils ſuffiſent.

La raiſon de cette diſpoſition eſt bien ſenſible, dans le cas y énoncé, auquel le Donataire par Contrat de mariage de la totalité ou de partie des biens préſens & à venir, renonce aux biens acquis poſtérieurement à la Donation, pour s'en tenir à ceux dont l'acquiſition eſt antérieure. Au moyen de cette renonciation, les biens poſtérieurs à la Donation, rentrent dans le corps de la ſucceſſion. Or c'eſt le principe établi par l'Article XXXIV. qu'avant que de toucher aux Donations pour les Légitimes, il faut que tous les biens de la ſucceſſion ſoient entierement épuiſés, à commencer par ceux laiſſés *ab inteſtat*, & enſuite par ceux dont le Donateur a diſpoſé par teſtament.

Si non, ce qui s'en manquera, ſera pris ſur tous les biens qui appartenoient au Donateur dans le tems de la Donation, ſi elle comprend la totalité deſdits biens.

Les Légitimes ſe doivent donc prendre d'abord ſur les biens poſtérieurs à la Donation, comme faiſant partie de la ſucceſſion par la renonciation que le Donataire y a faite, ſi ces biens ſuffiſent pour les remplir; mais s'ils ne ſuffiſoient pas, alors ce qui s'en manqueroit, ſeroit pris ſur les biens antérieurs à la Donation indiſtinctement, pourvû que la Donation comprit la totalité deſdits biens. Parce que dans cette circonſtance, n'y ayant qu'un ſeul Donataire de l'univerſalité de ces biens,

il n'eſt pas poſſible d'admettre aucune diſtinctinction entr'eux, pour faire contribuer un immeuble plutôt qu'un autre.

Et en cas que la Donation ne ſoit que d'une partie des biens & qu'il y ait pluſieurs Donataires, la diſpoſition de l'Article XXXIV. ſera obſervée entr'eux ſelon ſa forme & teneur.

Quand il n'y a qu'un ſeul & même Donataire de la totalité des biens antérieurs à la Donation, & que les biens poſtérieurs abandonnés, ne ſuffiſent pas pour remplir les Légitimes, ce Donataire univerſel doit ſur tous les biens antérieurs, ſans diſtinction, ſuppléer à ce qui manque. C'eſt ce qu'on vient de prouver. Mais lorſqu'il y a pluſieurs Donataires, chacun d'une portion de l'univerſalité de ces biens, il faut diſtinguer, s'ils ſont antérieurs les unes aux autres, ou s'ils n'ont qu'une même datte. Dans ce dernier cas, c'eſt-à-dire, ſi une perſonne par un ſeul & même Acte a fait Donation à pluſieurs, chacun d'une portion de l'univerſalité de ſes biens, ils doivent indubitablement contribuer entr'eux également, à ce qui manque à la Légitime des enfans. Mais s'ils ſont plus anciens les uns que les autres, la regle preſcrite par l'Article XXXIV. doit être exécutée; il faut commencer par les derniers en datte, avant que de venir à ceux qui les précedent.

ARTICLE XXXVIII.

La prescription ne pourra commencer à courir en faveur des Donataires contre les Légitimaires que du jour de la mort de ceux sur les biens desquels la Légitime sera demandée.

L'action de Légitime est dans la personne des enfans, une action personnelle qui se prescrit par 30 ans, ainsi que le Douaire, qui est aussi regardé comme une Légitime Coutumiere. Le Douaire & la Légitime, ont encore entr'eux ce trait de ressemblance, que la prescription ne commence à courir contre l'un & contre l'autre, que du jour du décès de celui ou celle, sur les biens desquels le Douaire ou la Légitime ont lieu. Nous en avons un texte précis pour le Douaire, dans l'Article CXVII. de la Coutume de Paris; *En matiere de Douaire* (porte cet Article) *la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement entre âgés & non privilégiés.* Quoique l'usage ait toujours été d'étendre cette disposition pour le Douaire, à la Légitime, parce qu'il y a parité de raison pour l'un & pour l'autre; cependant aucune Loi ne l'avoit encore expressément décidé. C'est à quoi notre Article XXXVIII. a supplée; en ordonnant, que *la prescription ne pourra commencer à courir en faveur des dona-*

taires contre les Légitimaires, que du jour de la mort de ceux ſur les biens deſquels la Légitime ſera demandée.

TITRE SIXIÉME.

De la Révocation des Donations par ſurvenance d'enfans.

OUtre le retranchement des Donations pour raiſon de la Légitime des enfans, les Loix civiles ont encore introduit une autre ſorte de révocation des Donations en faveur des enfans avant la naiſſance deſquels les peres avoient épuiſé leurs biens par des Donations faites à des Etrangers. Soit que ces peres ne fuſſent pas encore dans le lien conjugal lors de ces Donations, ſoit qu'engagés dès-lors dans le mariage ils euſſent perdu toute eſpérance d'avoir des enfans, la Loi a préſumé

dans l'un ou l'autre de ces cas, qu'ils ne se seroient jamais portés à donner leurs biens a des étrangers, s'ils eussent prévû la naissance de leurs enfans. C'est pourquoi elle a supplée à leur peu de prévoyance, en leur accordant la révocation de plein droit des Donations qu'ils auroient pu faire à des étrangers, lorsque la bénédiction du Ciel leur a envoyé des enfans.

L'usage a introduit cette révocation parmi nous d'après la fameuse Loi, *si unquam* 8. *Cod. de revocandis Donat. Lib.* 8. *tit.* 56. On n'examinera point ici si cette Loi doit être attribuée à Constantin & Constantius suivant l'inscription du Code, ou à Constantius seul, comme le prétend Ricard, ou a Constans & Constantius, ainsi que le pense Tiraqueau dans son sçavant Traité sur cette Loi, conformément au Code Theodosien. Quoi qu'il en soit,

comme cette Loi eſt le fondement des Articles qui ſuivent, on croit devoir, en cet endroit, la mettre dans ſon entier ſous les yeux du Lecteur. *Si unquam libertis Patronus, filios non habens, bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit Donatione largitus, & poſtea ſuſceperit liberos : totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejuſdem Donatoris arbitrio ac dictione manſurum.*

Nous avons des Coutumes dans le Royaume qui ont admis l'effet de cette Loi par des diſpoſitions expreſſes : ſçavoir, la Coutume de Nivernois Chapitre 27. Article XIII. Celle de Bourbonnois Art. CCXXV. & celle de Normandie Article CCCCXLIX.

Enfin pour en venir à l'enchaînement des diſpoſitions de notre Ordonnance ſur ce point, les Articles XXXIX, XL. & XLI. détaillent les différens cas auſquels la Loi *ſi unquam* a lieu. Les Articles XLII. & XLIII. déter-

minent l'effet que produit la révocation. L'Article XLIV. interdit au Donateur la faculté de renoncer au bénéfice de la Loi. Enfin l'Art. XLIV. régle le tems de la prescription contre la révocation introduite par la Loi *si unquam*.

ARTICLE XXXIX.

Toutes Donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le tems de la Donation, de quelque valeur que lesdites Donations puissent être & à quelque titre qu'elles ayent été faites, & encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auroient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendans, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du Donateur, même d'un Posthume, ou par la

légitimation d'un enfant naturel par mariage ſubſéquent, & non par aucune autre ſorte de légitimation.

Toutes Donations entre-vifs faites par perſonnes qui n'avoient point d'enfans ou de deſcendans actuellement vivans dans le tems de la Donation.

Ç'a été, avant l'Ordonnance, une grande queſtion de ſçavoir, ſi ces termes *filios non habens* devoient être pris à la lettre, ou ſi l'on devoit en modérer l'étendue littérale, par la raiſon & le motif de la Loi ; de ſçavoir, ſi la révocation devoit avoir lieu, indiſtinctement dans tous les cas où le Donateur n'avoit phiſiquement point d'enfans, ou ſi l'application de la Loi devoit ceſſer, lorſqu'il étoit vraiſemblable, que le Donateur avoit prévu le cas des enfans, quoiqu'il n'en eut point alors de vivans : comme ſi, par exemple, la Donation étoit faite peu de tems après le mariage du Donateur, ou par ſon Contrat de mariage même. Dans ces deux cas, on ne peut préſumer que le Donateur ait oublié ſes enfans à venir, puiſqu'il alloit ou venoit tout récemment de faire une action dont le but principal eſt la procréation des enfans.

Papon & Cujas (*a*) avoient embraſſés ce dernier avis, fondés ſur ce que la lettre de la Loi doit s'expliquer par l'eſprit, & que le

(*a*) Papon, Commentaire ſur la Loi *ſi unquam* pag. 3. Cujas, obſerv. liv. 20. Chap. 6. ſect. 3.

vrai & seul motif du Législateur Romain dans cette Loi, n'a été que de suppléer à la prévoyance des hommes qui, se voyant éloignés de la procréation des enfans, font des largesses indiscrettes de leurs biens. D'où ils ont crû être en droit de conclure que, lorsque le Donateur avoit prévû le cas des enfans, la Loi ne pouvoit lui être appliquée.

Dumoulin (*a*) s'est déclaré pour le sens littéral de la Loi; & quoique Ricard ait voulu rendre suspect cet Auteur célébre, sous prétexte qu'il n'a fait son Traité, que pour combattre une Donation qu'il avoit faite à son frere, notre Ordonnance cependant a embrassé son opinion, comme plus conforme, & au texte & au sens véritable de la Loi *si unquam*. En effet, la véritable tendresse des peres pour leurs enfans, ne commence qu'à leur naissance, & on doit présumer, qu'ils n'auroient jamais été libéraux à leur préjudice, si la présence de leurs enfans eut réveillé en eux ces tendres sentimens d'affection paternelle que la nature grave dans les cœurs.

La survenance des enfans, au Donateur qui en avoit déja lors de la Donation, n'est point une considération assez puissante, pour opérer la révocation de la Donation, comme l'a décidé la Loi *si totas Cod. de inoffic. donat.* & conformément à un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 22 Juin 1648. (*a*) Notre Ordonnance s'en explique bien nettement. *Toutes donations faites entre-vifs, par personnes qui n'avoient point d'enfans ou descendans*

(*a* Du Moulin, *Tractat de Donat. in Contrat. matrim. fact. n°.* 5.

(*a*) La Peyrere let. D. nomb. 83.

actuellement vivans. Dans ce dernier cas, les enfans dont la naiſſance eſt poſtérieure à la Donation, ainſi que ceux qui ſont nés antérieurement, ont l'action de Légitime ; mais ni les uns ni les autres, n'ont le droit de faire révoquer la libéralité.

De quelque valeur que les Donations puiſſent être.

La Loi *ſi unquam* porte : *Bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus* ; ce qui a donné lieu à une grande conteſtation, entre les Docteurs qui ont interprété cette Loi, pour déterminer de quelle quantité la Donation devoit être, pour être ſujette à révocation. Les uns portoient cette quantité au moins à moitié. D'autres en plus grand nombre, prétendoient qu'il ſuffiſoit que la Donation fut de quelque partie, même au-deſſous de la moitié, conformément au texte de la Loi *bona omnia vel partem aliquam.* Mais pour fixer la quotité de cette partie, ils ne ſe ſont point encore accordés enſemble.

Denis Godefroi ſur la Loi *ſi unquam* tient, que le mot *Aliqua*, s'entend, *infra dimidiam & de donatione aliquâ particulari, magnæ tamen æſtimationis.* Jacques Godefroi ſur le Code Théodoſien, (dans lequel cette Loi a été inſérée au titre *de revocandis donationibus*) dit auſſi, qu'il faut que la Donation ſoit d'une partie conſidérable des biens *per modum quotæ.*

Selon Ricard (*a*) il faut examiner, ſi vraiſemblablement le Donateur auroit fait la Do-

(*a*) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. ſect. 6.

nation, dans le cas où il auroit eu des enfans; si cette Donation est considérable eû égard aux biens du Donateur; si le Donataire est un proche parent ou un domestique, dont la considération ait pu porter le Donateur à exercer cette libéralité, &c.

(a) Plusieurs autres entrant dans le sentiment de Ricard, pensent aussi, qu'il faut avoir égard aux circonstances pour déterminer cette quantité; & que par conséquent cette question dépend de l'arbitrage du Juge.

En consultant la Jurisprudence des Arrêts, on ne trouve point plus de stabilité, ni d'uniformité. Dans ceux qui ont prononcé la révocation des Donations par survenance d'enfans, il y a des Donations qui étoient de moitié, d'autres du tiers, & d'autres d'une chose particuliere.

Enfin notre Ordonnance a fixé tous les doutes, en interprétant ces paroles de la Loi *bona omnia vel partem aliquam*, suivant le sens littéral, & l'usage commun & ordinaire de parler, par *le tout ou quelque partie*, quel qu'elle puisse être. *De quelque valeur que soient les donations*, qu'elles soient grandes, qu'elles soient petites, tout cela est indifférent; la seule & unique circonstance décisive, est de sçavoir, si le Donateur avoit ou non, des enfans ou petits enfans vivans lors de la Donation.

A quelque titre qu'elles ayent été faites.

Cette disposition est générale, & n'excep-

(a) Fernand *ad leg. si umquam* nomb. 8,
Coquille quest. 292.
Maynard liv. 4 Chap. 12.
Julius Clarus, paragraf. *Donatio* quest. 22, nomb. 5.

te pas même les Donations faites pour causes pies, qui sont toujours censées faites (ainsi que les autres,) sous la condition tacite *si sine liberis*, lorsqu'elles sont émanées d'une personne qui n'avoit point d'enfans lorsqu'il a donné.

Et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires.

Les Donations rémunératoires & mutuelles, sembloient devoir être exceptées de la rigueur de la Révocation par survenance d'enfans. Car à l'égard des Donations mutuelles, tout y dépend d'un événement incertain, & comme il se peut faire, que le pere des enfans soit celui qui survive, & qui recueille les fruits de la Donation, elles peuvent être fort avantageuses aux enfans par l'événement. Papon en son Commentaire sur la Loi *si unquam*, étoit d'avis, qu'elles n'y étoient point sujettes, & il a été suivi par l'Auteur du Traité *de la Révocation.*

Quant aux Donations rémunératoires, tous les Auteurs (à la réserve de Cujas) & tous les Arrêts ont distingué, dans la Donation, le prix véritable des services, d'avec ce qui pouvoit excéder ce prix. C'est ce qu'a fait l'Arrêt du Parlement de Provence du 9 Février 1585. dont on a déja parlé, lequel a ordonné la révocation de la Donation dont il s'agissoit, jusqu'à concurrence de ce qui excédoit les services. M. Maynard (*a*) en rapporte un pareil du Parlement de

[*a*] Maynard liv. 4. Chap. 12.

Bordeaux;

Bordeaux, prononcé en Robes rouges en sa présence le 2 Juin 1571. Le Journal du Palais en fournit un autre du Parlement de Rouen, rendu le 5 Juillet 1672. qui révoqua, pour cause de survenance d'enfans, une Donation faite par une fille âgée de 30 ans à un de ses beaux-freres Avocat à Dieppe, du tiers de ses biens pour récompense de service, quoiqu'elle n'eut pas agi en révocation de son vivant, & néanmoins l'on y arbitra, à la somme de 300. liv. les services que le Donataire pouvoit avoir rendu. On pourroit encore y ajouter un Arrêt rendu au Parlement de Paris le 17 Janvier 1654. quoiqu'il soit dans l'espece d'un Testament, & non d'une Donation.

De toute cette Jurisprudence il résulte, que lorsque les services étoient constans, les Donations rémunératoires n'étoient révocables, par survenance d'enfans, que pour l'excédant de la valeur des services rendus.

Mais notre Ordonnance a soumis à la révocation par survenance d'enfans, même les Donations *mutuelles* & les *rémunératoires*, sans avoir égard aux services dont ces Donations pouvoient être le prix, du moins en partie; sauf sans doute au Donataire ainsi dépouillé, à se pourvoir pour raison de ces services, s'ils sont de nature à lui donner action contre le Donateur ou ses héritiers.

Même celles qui auroient été faites en faveur de mariage, par autres que par les conjoints ou les ascendans.

La faveur des Contrats de mariage, si

précieusement conservée par notre Ordonnance dans toutes les autres occasions, n'a pu, en celle ci, mettre les Donations à l'abri de la révocation par survénance d'enfans, quoiqu'on put dire, que les conjoints ne se seroient point engagés dans les liens du mariage, & à supporter les charges d'une famille, si ce n'eut été par la considération des libéralités qu'ils avoient reçues. Notre Ordonnance, en assujettissant ces Donations si favorables à la regle générale de la révocation, n'a fait que suivre en cela, une Jurisprudence déja constamment établie. La question fut d'abord décidée au Parlement de Paris, par un Arrêt célebre prononcé en Robes rouges le 12 Avril 1551. Cet Arrêt déclara révoquée, par survenance d'enfans, une Donation que Charles du Moulin avoit faite à Ferri du Moulin son frere, par Contrat de mariage. Il a été suivi de plusieurs autres dans le même Parlement.

M. Mainard (*a*) rapporte plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse, qui ont jugé la même chose. Les Jurisconsultes s'accordent aussi sur ce point avec les Arrêts. (*b*)

De toutes les especes de Donations qui peuvent être faites par Contrat de mariage, l'Ordonnance n'en excepte que deux, de la révocation par survenance d'enfans; ce sont 1°. les Donations faites aux conjoints par leurs ascendans; 2°. celles que les conjoints se font l'un à l'autre. Les premieres jouissent

(*a*) Maynard, liv. 4. Chap. 12.
(*b*) Godefroy Not. J. *ad legem si unquam.*
Alexandre, liv. 4 conf. 21.
Papon *ad legem si unquam*, pag. 41.

de cette exception, parce que les ascendans étant obligés de doter leurs descendans, se sont plutôt acquitté d'un devoir ou d'une dette, qu'ils n'ont exercé une libéralité, ainsi qu'on l'a déja observé. Les secondes, parce que les conjoints en se gratifiant l'un l'autre par leur Contrat de mariage, ont nécessairement prévu la survenance des enfans qui étoit une suite ordinaire & naturelle de l'engagement qu'ils alloient contracter, & que d'ailleurs les enfans doivent tôt ou tard retrouver le fond de ces libéralités dans la masse des successions de leurs peres & meres.

Demeureront révoquées de plein droit.

Ce n'est point une simple faculté accordée au Donateur, de demander la révocation. C'est une révocation qui se fait de plein droit, en faveur des enfans qui surviennent au Donateur depuis la Donation. La Loi *si unquam* s'explique d'une maniere aussi énergique, *totum quidquid largitus fuerat*, dit-elle, *revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac dictione mansurum.*

Par la survenance d'un enfant légitime du Donateur, même d'un Posthume.

La Loi *si unquam*, dit, *& postea susceperit liberos*, ce qui est rendu par ces termes de l'Ordonnance *par la survenance d'un enfant du Donateur* : l'Ordonnance a ajouté *Légitime*, pour marquer, que les bâtards n'étant pas considérés comme faisant partie de la famille

du Donateur qu'ils ne peuvent repréſenter dans la vie civile, ils ſont incapables de jouïr des priviléges qui ne ſont réſervés qu'aux enfans légitimes. Mais il n'importe que cet enfant légitime ſoit né avant ou après le décès du Donateur. Il eſt de principe, que le poſthume conſerve dans le ventre de ſa mere, les droits de ſa naiſſance & les avantages que les Loix lui donnent. C'eſt pour cela que l'Ordonnance dit, *par la ſurvenance d'un enfant légitime ou d'un poſthume.*

Ou par la Légitimation d'un enfant naturel par mariage ſubſéquent, & non par aucune autre ſorte de Légitimation.

Les bâtards, parmi nous, peuvent être légitimés en deux manieres; ou par le mariage ſubſéquent, ou par lettres du Prince. Mais ces deux ſortes de légitimations, ont des effets bien différents.

Le bâtard légitimé par le mariage ſubſéquent de ſes pere & mere, eſt remis dans le même état, que s'il étoit né de ce mariage, & jouït de tous les priviléges des enfans légitimes. De là, ſi le pere ou la mere ont fait avant leur mariage des Donations à des étrangers, ces Donations ſont revoquées de plein droit par le bâtard légitimé, tout de même que par la naiſſance des enfans légitimes; quand même ce bâtard auroit été au monde, lorſque les Donations ont été faites; parce qu'on préſume, que le pere n'a commencé à le regarder comme ſon enfant & ſon héritier, que du jour qu'il a épouſé ſa mere, &

qu'il a voulu paroître publiquement son pere légitime.

Cette prérogative qu'ont les légitimés par subséquent mariage, de révoquer les Donations faites par leur pere & mere, antérieurement à leur légitimation, leur a été confirmée avant l'Ordonnance par deux Arrêts célebres : le premier a été rendu au Grand Conseil le 19 Février 1544. sur une Donation faite par Bertrand de Pelgruë à son frere & par Contrat de mariage. L'Arrêt jugea cette Donation révoquée du chef des enfans naturels légitimés par subséquent mariage, le pere ayant épousé leur mere depuis la Donation. Du Moulin qui rapporte cet Arrêt (a) assure, qu'il a été rendu en très grande connoissance de cause. Le second Arrêt a jugé la même chose, dans les mêmes circonstances, à l'exception que ce n'étoit pas le frere qui avoit donné à son frere, mais l'oncle à ses neveux. Il a été rendu au Parlement de Paris le 4 Février 1606. sur une Donation faite par un nommé Chandon, & depuis prononcé en Robes rouges à Pâques ensuivant, par M. le Président Forget, qui avertit les Avocats que la Cour avoit fait *retentum*, que la Donation avoit été cassée par la légitimation faite *per subsequens matrimonium*, & que c'étoit ce que l'Arrêt avoit particulierement jugé.

Mais il n'en est pas de même des bâtards légitimés par lettres du Prince. Quoique légitimés du consentement de leur pere, ils ne lui succedent pas. Ces lettres ne sont nécess-

(a) Du Moulin *tractat. de Donat. in contract. matrim. fact. n°.* 83.

ſaires qu'aux enfans naturels des Rois & des Princes ; elles marquent la reconnoiſſance du pere, & par conſéquent aſſurent leur état.

ARTICLE XL.

Ladite révocation aura lieu, encore que l'enfant du Donateur ou de la Donatrice fut conçu au tems de la Donation.

Cet Article confirme encore de plus en plus, que l'intention du Légiſlateur a été d'établir la révocation par ſurvenance d'enfans, indiſtinctement, dans tous les cas où le Donateur n'a point d'enfans actuellement vivans lors de la Donation ; ſans avoir égard aux circonſtances qui pourroient induire à croire, que le Donateur, quoique ſans enfans, a prévu la naiſſance des enfans lors de la libéralité qu'il a faite. Car il ne peut y avoir de plus grande preuve de cette prévoyance de la part du Donateur, que la conception de l'enfant au tems de la Donation. Cependant l'Ordonnance décide, que, même dans ce cas, la Révocation doit avoir lieu. Un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 17 Août 1673. rapporté dans la troiſiéme partie du Journal du Palais, avoit de même jugé qu'une Donation faite par un frere, dont la femme étoit groſſe de ſix mois, à ſon frere qui ſe marioit, étoit révoquée par la ſurvenance d'un enfant.

ARTICLE XLI.

La Donation demeurera pareillement révoquée, quand même le Donataire seroit entré en possession des biens donnés, & qu'il y auroit été laissé par le Donateur depuis la survenance de l'enfant; sans néanmoins que ledit Donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant où sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre Acte en bonne forme, & ce, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés, n'auroit été formée que postérieurement à ladite notification.

La Donation demeurera pareillement révoquée, quand même le Donataire seroit entré en possession des biens donnés & qu'il y auroit été laissé par le Donateur depuis la survenance d'enfans.

Il semble néanmoins, que lorsque le pere

Donateur a laiſſé le Donataire en poſſeſſion des biens donnés depuis la ſurvenance des enfans, il n'a point eu intention de révoquer la Donation ; mais au contraire, qu'il a toujours été dans le ſentiment de préférer, quant aux biens donnés, le Donataire à ſes propres enfans comme à lui-même : ſur-tout s'il eſt mort, ſans s'être ſervi de ſon droit contre le Donataire.

Ricard (a) eſt d'avis, que même dans le cas où le pere ſeroit mort, ſans s'être déclaré, ſes enfans, comme le repréſentant, ont droit de demander la révocation. M. Mainard & Charondas (b) rapportent des Arrêts des Parlemens de Paris & de Toulouſe qui l'ont jugé ainſi. M. Louet & Montholon (c) qui rapportent l'Arrêt de Chandon (dont on a ci-devant parlé) témoignent auſſi, que les enfans au cas de cet Arrêt, avoient commencé l'action en révocation, & obtenu des lettres après la mort de leur pere Donateur.

Cependant lorſque le pere a vécu un tems conſidérable, depuis la naiſſance de l'enfant, & qu'il a vu jouïr ſon Donataire, ſans parler de révocation, Ricard (dans la Sect. citée,) ſeroit fort panché à croire, qu'après ſa mort ſes enfans ne peuvent inquiéter le Donataire ; la raiſon de ſon ſentiment eſt fondée ſur un principe qu'il s'eſt fait, que quoique la révocation s'opere de plein droit en

(a) Traité des Donations troiſiéme Part. Chap. 5. ſect. 5.
(b) M. Mainard liv. 6. Chap. 59.
Charondas en ſes réponſes liv. 9. Chap. 19.
(c) M. Louet lett. D. nomb. 52.
Montholon, Chap. 108.

vertu

vertu de la Loi *si unquam*, elle a cependant besoin, pour son exécution, de la déclaration du Donateur. Mais pour peu qu'on lise avec quelqu'attention notre Ordonnance, il est aisé de sentir qu'elle établit des principes directement contraires, & que non-seulement, cette possession du Donataire depuis la survenance d'enfans du vivant & jusqu'au décès du Donateur, mais même une déclaration expresse du Donateur en faveur du Donataire, sont insuffisantes, pour empêcher l'effet de la révocation qui est de droit commun.

La Peyrere (a) croyoit, que trois circonstances devoient concourir en même tems, pour faire confirmer la Donation. La premiere, si le pere ne se plaignoit pas depuis la naissance des enfans : la seconde, si depuis ce tems, il avoit laissé jouir le Donataire des choses données : la troisiéme, si l'enfant qui avoit donné lieu à la révocation, étoit mort. Nous avons déja examiné les deux premieres circonstances : nous avons déja vû ce que peuvent opérer en faveur du Donataire, le défaut de plainte du Donateur depuis la survenance d'enfans, & la jouissance paisible du Donataire depuis ce tems là. Nous aurons occasion d'approfondir sur l'Article XLIII. ce que peut ajouter la circonstance du décès de l'enfant dont la naissance avoit donné lieu à la révocation.

Sans néanmoins que ledit Donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus de quelque nature qu'ils soient,

(a) La Peyrere, let. D. nomb. 63.

ſi ce n'eſt du jour que la naiſſance de l'enfant ou ſa Légitimation par ſubſéquent mariage lui auront été notifiées par Exploit ou autre Acte en bonne forme.

La regle générale en matiere de reſtitution de fruits, eſt que le poſſeſſeur de bonne-foi fait les fruits ſiens. Or le Donataire, qui poſſede en vertu d'une Donation en bonne forme, eſt poſſeſſeur de bonne-foi, tant qu'il n'eſt point inſtruit que la Donation qui eſt ſon titre, eſt révoquée. Il fait donc les fruits ſiens, juſqu'à ce que la naiſſance de l'enfant, ou ſa légitimation par ſubſéquent mariage, lui ſoient notifiées. Mais auſſi-tôt que cette notification lui eſt faite, quelque longue que ſoit ſa poſſeſſion par la ſuite, il devient poſſeſſeur de mauvaiſe foi, & par conſéquent obligé à la reſtitution des fruits.

Et ce, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés, n'auroit été formée que poſtérieurement à ladite notification.

Tous les Auteurs, & entr'autres Ricard (*a*) décident, que les fruits ne ſont dûs, que du jour de l'action, d'après ce qu'aſſure du Moulin, (*b*) qu'en l'Arrêt de Pellegru, &

(*a*) Ricard des Donations, Part. III. chap. 5. ſect. 7.
(*b*) Du Moulin, *tract. de donationib. in contract. matrim. fact. n.* 83. & 84.

en celui intervenu à son profit, la restitution ne fut adjugée que du jour de la contestation en cause. M. Louet (a) dit aussi, qu'en l'Arrêt de Chandon de l'an 1506 les fruits furent adjugés du jour de la demande. Notre Ordonnance a adopté la décision de ces Arrêts, dans le cas où la demande & la notification de la naissance ou de la légitimation, n'ont qu'une seule & même datte. Mais si cette notification étoit antérieure à la demande, comme le Donataire seroit devenu dès-lors possesseur de mauvaise foi elle veut qu'il soit tenu de restituer les fruits, non pas seulement du jour de la demande, mais du jour de la notification, quelque considérable que fut le tems écoulé entre la demande & la notification.

ARTICLE XLII.

Les biens compris dans la Donation révoquée de plein droit, rentreront dans le patrimoine du Donateur, libres de toutes charges & hypothéques du chef du Donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la Dot de la femme dudit Donataire, reprises, doüaire, ou autres con-

(a) Louet lettre D. nomb. 52.

ventions matrimoniales; ce qui aura lieu, quand même la Donation auroit été faite en faveur du mariage du Donataire & inférée dans le Contrat, & que le Donateur se seroit obligé comme caution, par ladite Donation, à l'exécution du Contrat de mariage.

Les biens compris dans la Donation révoquée de plein droit, rentreront dans le patrimoine du Donateur, libres de toutes charges & hypothéques du chef du Donataire.

On ne révoquoit point en doute, avant l'Ordonnance, que toutes les hypothéques & autres charges qui auroient pû être imposées par le Donataire sur les choses données, s'évanouissoient par la révocation de la Donation. Tout le monde même convenoit, que le Donateur étoit en droit d'aller chercher jusques dans les mains des tiers détempteurs, les choses comprises dans la Donation révoquée, sauf à eux a se pourvoir contre leur vendeur, pour recouvrer le prix de leur acquisition. En effet, les créanciers hypotéquaires du Donataire, ou les tiers détempteurs ont dû sçavoir, que le Donateur ne s'étoit dessaisi, que sous la condition tacite, que s'il avoit des enfans, la Donation seroit révo-

quée. Or cette condition étant échue, elle résout la Donation dès le principe, & opere le même effet, que si la Donation n'avoit jamais existé, & par conséquent elle l'affranchit de toutes charges du chef du Donataire.

Sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme dudit Donataire, reprises, doüaires, ou autres conventions matrimoniales. Ce qui aura lieu quand même la Donation auroit été faite en faveur du mariage du Donataire & inserée dans le Contrat.

La plûpart des Auteurs qui ont écrit avant l'Ordonnance, (a) (à l'exception de Ricard & de quelqu'autres) pensoient, que dans le cas des Donations faites en faveur de mariage, les biens du Donateur étoient subsidiairement obligés aux conventions matrimoniales de la femme. Le principal Arrêt qui ait donné lieu à cette opinion, est rendu en faveur de Charles du Moulin; en déclarant la Donation par lui faite, révoquée par survenance d'enfans, il conserva l'hypotéque du Douaire de la femme de Ferry du Moulin son frere : au cas, dit l'Arrêt, que les biens du mari ne fussent pas suffisans pour cet effet. M. d'Olive témoigne aussi que cet

(a) Papon, liv. 2. tit. premier nomb. 19. & 20. Carondas, liv. 3. Chap. 63. liv. 4. Chap. 8. de ses réponses.

Arrêt de du Moulin, a été le fondement d'un autre semblable intervenu à son rapport au Parlement de Toulouse le 12 Septembre 1636. qui, en déclarant la Donation faite par Michel la Roque à Michel Sabatier en faveur de son mariage avec Antoinette Alsemare, révoquée & resolue par la naissance des enfans du Donateur, jugea néanmoins les biens contenus en la Donation affectés & hypotéqués à la femme pour la restitution de sa Dot & Augment, en cas d'insuffisance des biens de son mari.

Mais il auroit été facile de faire tomber & l'Arrêt de M. d'Olive, & celui de du Moulin qui lui sert de base, si, (comme le remarque Ricard) on eut été chercher la raison de la disposition de ce dernier Arrêt, dans du Moulin même. Cet Auteur nous apprend, que l'hypothéque subsidiaire n'y a été réservée à la femme de son frere Donataire sur les biens donnés, que parce qu'il y avoit consenti par un acte signé de sa propre main. Voici les termes dont il se sert. *Ex his satis liquet, hanc clausulam hypotecæ non fuisse appositam improprere, nec motu senatus : esset enim contra jus & contra concordem omnium sententiam, qui tenent pure & simpliciter resolvi per prædicta ; sed fuit apposita de expresso consensu meo, etiam manu propriâ scripto, & in acta relato.* (a)

C'est pourquoi notre Ordonnance, conformément au sentiment de Ricard, & sans s'arrêter au préjugé apparent de ces Arrêts, a mis la femme dans la classe de tous les autres

[a] Du Moulin, *tract. de donat. in contract. matrim. sect. n. 86.*

créanciers du Donataire, & lui a refusé l'hypothéque subsidiaire, même pour les Donations qui auroient eu son mariage pour objet, & qui seroient ensuite révoquées par la survenance des enfans du Donateur.

Et que le Donateur se seroit obligé comme caution par ladite Donation à l'exécution du Contrat de mariage.

Ricard (a) prétendoit, que dans l'espece où le Donateur par Contrat de mariage, se seroit obligé comme caution à l'exécution des conventions matrimoniales, non-seulement les biens compris dans la Donation, mais encore les autres biens du Donateur devoient y demeurer hypothéqués après la révocation de la Donation ; parce qu'il a regardé ce cautionnement, comme une obligation particuliere qui n'a pas un principe gratuit à l'égard de la femme.

L'Ordonnance s'est écartée sur celà de son avis, par ce motif sans doute, que c'est le même principe de libéralité envers les conjoints, de la part du Donateur qui a donné l'être à la Donation & au cautionnement; principe de libéralité, qui n'auroit pas vraisemblablement animé le Donateur pour des étrangers ou des collatéraux, s'il avoit prévu qu'il auroit des enfans. Ainsi, comme le cautionnement & la Donation dérivent d'une même cause, la même raison doit opérer la révocation & de l'un & de l'autre.

[a] Ricard des Donat. part. 3. Chap. 5. sect. 7.

ARTICLE XLIII.

Les Donations ainſi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du Donateur, ni par aucun Acte confirmatif; & ſi le Donateur veut donner les mêmes biens au même Donataire, ſoit avant ou après la mort de l'enfant, par la naiſſance duquel la Donation avoit été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle diſpoſition.

Les Donations ainſi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du Donateur.

Les ſentimens ont encore été partagés avant l'Ordonnance ſur la queſtion de ſçavoir, ſi le Donateur pourroit ſe prévaloir de la Loi *ſi unquam*, après la mort des enfans qui auroient donné lieu à la révocation ; ou ſi la Donation reprenoit ſa force & vertu, après la mort des enfans, faute par le pere Donateur d'avoir agi de leur vivant.

Ricard (*a*) a embrassé le dernier parti, & se fonde sur un Arrêt rendu en l'année 1619. par lequel la Cour a jugé, qu'un pere qui avoit eu des enfans depuis la Donation qu'il avoit faite, fut déclaré non recevable en la révocation qu'il en vouloit faire, par survenance d'enfans, en conséquence de ce qu'il avoit intenté son action après leur mort. Il est intervenu un autre Arrêt en l'Audience de la Grand'Chambre le 23 Avril 1640. dans l'espece d'une Donation de tous biens, faite par Pierre & Samuel Menjot freres au survivant des deux, laquelle fut confirmée, nonobstant le mariage de Pierre Menjot depuis la Donation & la survenance d'un enfant qui étoit mort, sans que le pere l'eut révoquée. On en trouve encore, dans le Journal du Palais, un plus récent donné le 13 Juillet 1680. en la quatriéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de la Garde, qui a confirmé une Donation faite par une femme au frere de son mari, comme ayant repris sa force, par le décès d'un enfant qui étoit survenu depuis, nonobstant les grandes conjectures de fideicommis qui se rencontroient.

Pour l'opinion contraire, s'est déclarée presque l'universalité des Auteurs. (*b*) Leur raison est appuyée, sur ce que la révocation se faisant de plein droit par la naissance des enfans, la Donation une fois détruite par cette révocation, ne peut plus reprendre sa force, sans un nouveau consentement du Do-

(*a*) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. sect. 6.
(*b*) Du Moulin, *tract. de inoff, test. n.* 35.
Tiraqueau *ad leg. si unquam.* n. 204.
Godefroy, Barthole, Coquille, &c.

nateur ; à l'exemple du teſtament, qui étant une fois annullé par la naiſſance d'un poſthume qui avoit été prétérit, ne reprend pas ſa force, quoique le poſthume décéde incontinent après être venu au monde. *Poſthumo præterito, quamvis natus illico deceſſerit, non reſtitui ruptum teſtamentum, juris evidentiſſimi eſt. Leg. uxoris, Cod. de Poſth. hæredibus inſtitutis.*

Malgré les Arrêts qui ſervent de fondement à l'avis de Ricard, le Légiſlateur dans notre Ordonnance décide, comme la pluralité des Docteurs, que *les donations étant révoquées* de plein droit par la ſurvenance d'enfant, *ne peuvent plus revivre par la mort de l'enfant du donateur*, qui en avoit occaſionné la révocation.

Ni par aucun Acte confirmatif.

On penſoit communément avant l'Ordonnance avec Ricard, (a) qu'une Donation ratifiée par le Donateur depuis la ſurvenance des enfans, ne pouvoit plus recevoir d'atteinte de la Loi *ſi unquam*, & que cet Acte confirmatif lui rendoit toute la force que la ſurvenance des enfans ſembloit lui avoir ôtée. Tiraqueau cependant à la fin de ſon excellent traité ſur cette Loi *ſi unquam*, eſt d'un avis contraire ; & il a été ſuivi par notre Ordonnance qui décide nettement que cet Acte confirmatif ſuppoſant la Donation abſolument anéantie par la révocation, eſt parconſéquent

(a) Ricard, ibid.

incapable de lui rendre une force & une existence civile qu'elle n'a plus.

Et si le Donateur veut donner les mêmes biens au même Donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant, par la naissance duquel la Donation avoit été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

C'est une suite nécessaire des deux dispositions qui précédent dans cet Article. En effet, si la mort des enfans qui avoient donné lieu à la révocation, ne peut faire revivre la Donation, quoique le Donateur n'ait fait aucunes poursuites du vivant de ses enfans, pour rentrer dans les héritages donnés; si même un Acte confirmatif de la Donation faite par le Donateur, soit du vivant des enfans qui avoient opéré la révocation, soit après leur décès, ne peut rendre à la Donation sa premiere vigueur, il n'y a d'autre parti à prendre pour le Donateur qui voudroit conserver l'effet de sa premiere libéralité, que de faire une nouvelle Donation. C'est le sentiment de Barthole sur la Loi *si unquam*, qu'après la mort des enfans, la Donation ne peut avoir aucun effet, si elle n'est réïtérée, encore qu'elle soit retombée dans un cas, *à quo incipere poterat*. C'est aussi le sentiment de Coquille sur la Coutume de Nivernois, tit. des Donations Article XIII.

ARTICLE XLVI.

Toute clause ou convention par laquelle le Donateur auroit renoncé à la revocation de la Donation par survenance d'enfans, sera regardée comme nulle & ne pourra produire aucun effet.

L'Ordonnance a jugé une question longtems controversée, en décidant que le Donateur ne peut pas valablement renoncer à la révocation, par survenance d'enfans. Nombre de Jurisconsultes célébres croyoient, que le Donateur pouvoit renoncer au bénéfice de la Loi *si unquam* (*a*)

D'autres non moins recommendables soutenoient le contraire (*b*). Ricard qui s'est aussi déclaré pour cet avis, (*c*) en prouve la solidité par plusieurs excellens raisonnemens qu'il seroit trop long de détailler ; le principal consiste à dire, que le motif de la Loi ne regarde pas tant le pere que les enfans, & qu'ainsi étant de regle de droit, qu'une personne ne

(*a*) Tiraqueau *ad leg. si unquam in præfat.*
Cujas sur la même Loi, *& in observ, lib. 20. cap. 5.*
Barthole *in leg. titia, parag. Imperator. dig. de legatis.*
(*b*) Du Moulin *tractat. de Donat. in contract. matrim. fact.*
Copuille, quest. 122. & sur la Coutume de Nivernois, tit. des Donat. Article XIII.
(*c*) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. sect. 2.

peut renoncer au privilége qui est introduit en faveur d'un autre, le pere ne peut valablement renoncer au bénéfice d'une Loi, qui a pour but principal la considération de ses enfans.

Outre l'Ordonnance qui a embrassé ce sentiment, il avoit même auparavant pour lui une jurisprudence constante. Un Arrêt au Parlement de Paris, rendu le 6 Mars 1563. au profit des enfans d'un nommé Senechal, avoit jugé que la renonciation du pere étoit insuffisante, pour empêcher l'effet de la Loi *si unquam*. (*a*) La même chose s'est jugée au Parlement de Toulouse, au profit des enfans d'un nommé d'Abzon. (*b*) Stephanus rapporte un pareil Arrêt émané du Parlement d'Aix, le 9 Février 1583, au jugement duquel il dit avoir présidé. (*c*)

ARTICLE XLV.

Le Donataire, ses héritiers & ayans cause, ou autres détempteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la Donation révoquée par la survenance d'enfans, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir,

(*a* Carondas en ses réponses, liv. 9. Chap. 19.
(*b*) Mainard liv. 6 Chap. 58.
(*c*) *Stephanus*, décis. 35.

que du jour de la naiſſance du dernier enfant du Donateur, même poſthume ; & ce, ſans préjudice des interruptions telles que de droit.

Le Donataire, ſes héritiers ou ayans cauſe, ou autres détempteurs des choſès données ne pourront oppoſer la preſcription, pour ſaire valoir la Donation révoquée par la ſurvenance d'enfant, qu'après une poſſeſſion de trente années.

Ricard (a) toujours imbu de ſon principe que, pour donner lieu à la révocation, il faut non ſeulement que le Donateur n'ait point d'enfans lors de la Donation, mais encore qu'il y ait ſujet de croire par les circonſtances particuliéres qu'il n'eut point fait la Donation, s'il eut prévu qu'il auroit des enfans, ſemble fort porté à penſer que lorſque ce Donateur a laiſſé paſſer un tems un peu conſidérable ſans agir depuis qu'il lui eſt venu un enfant, il perd en quelque ſorte le droit que lui donne la Loi ; ſon motif eſt qu'on doit préſumer que l'action qu'il intente après ce tems, ne procéde que d'un caprice & d'un changement de volonté.

Il convient néanmoins que cette révocation étant une action perſonnelle ne ſe preſcrit que

(b) Ricard des Donations part III. Chap. 5. ſect. 7.

par trente ans, ainsi que l'a décidé le présent Article.

Mais ce qu'il y a de singulier dans la disposition de ce même Article, c'est que les tiers détempteurs même, sont assujettis à cette prescription de 30 ans aussi bien que les Donataires & leurs héritiers ; cette décision est contraire à la régle générale des prescriptions, suivant laquelle les tiers détempteurs prescrivent par une possession de dix ans, entre présens, & vingt ans, entre absens, avec titre & bonne foi ; & ce, quand même ils auroient acquis d'un usurpateur.

Qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur, même posthume.

L'Ordonnance ne se contente pas d'étendre la nécessité de la prescription de trente ans en cette matiére, même jusqu'au tiers détempteurs : elle veut encore que cette prescription ne commence à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur, même Posthume. Cependant s'il est vrai de dire, que la prescription ne court point contre celui qui ne peut agir, *contra valentem agere non currit præscriptio*, par le principe contraire la prescription doit courir contre quiconque peut agir, & dès l'instant qu'il peut agir. Or le Donateur peut agir dès l'instant de la naissance du premier enfant pour exercer la révocation de sa Donation. Il sembleroit donc que la prescription devroit commencer à courir dès la naissance du premier enfant ; & l'on pensoit ainsi avant l'Ordonnance.

Mais s'il eſt permis, de pénétrer dans le motif toujours ſage du Légiſlateur, lorſqu'il ordonne, que la preſcription ne commencera que du jour de la naiſſance du dernier enfant, même poſthume, ce motif a été, que la révocation n'ayant été introduite qu'en faveur des enfans, il ne ſeroit pas juſte de punir la négligence ou la mauvaiſe honte des peres, dans la perſonne des enfans, que la Loi a principalement eu en vûe de favoriſer.

Et ce, ſans préjudice des interruptions telles que de droit.

Comme ſi le pere Donateur etoit mort pendant le cours de 30 ans, & qu'il eut laiſſé des enfans en minorité ; ou bien, ſi on avoit formé contre le Donataire, avant les 30 ans, une demande pour rentrer dans les héritages donnés, & que cette demande ne fut point périe. Je ne fais même aucun doute, qu'un ſimple Acte de notification de la naiſſance de l'enfant, ou de la légitimation par ſubſéquent mariage, ſans aucune demande pour rentrer dans les héritages donnés, ne ſoit ſuffiſant pour interrompre la preſcription.

ARTICLE XLVI.

N'entendons comprendre dans les diſpoſitions de la préſente Ordonnance ce qui concerne les dons mutuels & autres Donations faites entre maris & femmes, autrement que

que par le Contrat de mariage, ni pareillement les Donations faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance ; à l'égard de toutes leſquelles Donations il ne ſera rien innové juſqu'à ce qu'il ait été autrement par nous pourvû.

N'entendons comprendre dans la diſpoſition de la préſente Ordonnance, ce qui concerne les dons mutuels.

Il n'y a jamais eu qu'un avis pour décider, que quoique les enfans qui naiſſent après le Don mutuel, le rompent *ipſo facto*, cependant, ſi ces enfans prédécédent leur pere & mere, le Don mutuel rentre dans ſa force, ſans une nouvelle ſtipulation ; parce que l'Article CCXC. de la Coutume de Paris n'exige autre choſe, ſi ce n'eſt, qu'il n'y ait point d'enfans vivans, lors de l'ouverture du Don mutuel. Cette maxime eſt fondée ſur pluſieurs Arrêts. Carondas (livre 7 de ſes réponſes,) rapporte un Arrêt qui l'a jugé ainſi le 18 Mai 1584. Le premier volume du Journal des Audiences, en contient deux autres ſemblables, mais plus récens ; l'un eſt du 25 Mai 1625. & l'autre du 14 Mai 1648.

Quelques Auteurs (*a*) ont même été juſqu'à ſoutenir, que quand il y auroit eu des enfans

(*a*) Du Pleſſis ſur Paris, des Donat. liv. 2. chap. 3. ſect. 2.

lorsque le Don mutuel a été fait, il pouvoit valoir, bien que fait dans un tems prohibé, si ces enfans prédécédoient leur pere & mere.

Dumoulin a modifié cette opinion, dans sa Notte sur l'Article CCXXII. de l'ancienne Coutume d'Orléans, qui dispose de la Donation mutuelle entre mari & femme, comme la Coutume de Paris; il y prétend, que si les conjoints par mariage, n'ayant qu'un seul enfant moribond qui donnoit peu d'espérance de vie, s'étoient fait, dans cette incertitude, une Donation mutuelle l'un à l'autre de leurs meubles & acquêts, & que depuis l'enfant fut décédé, la Donation seroit valable. *Quid si habebant filium moribundum, & faciunt donationem mutuam in casum quo ille præmoriatur sine liberis, pro ut contigit; an valeat donatio? Respondi, quod sic, quia concurrit jus commune & mens consuetudinis.*

Et autres Donations faites entre maris & femmes, autrement que par contrat de mariage.

Comme le but du mariage est d'avoir des enfans, les Donations mutuelles faites entre maris & femmes par Contrat de mariage, ont été nommément affranchies de la révocation, dans l'Article XXXIX. de l'Ordonnance. Et en effet, c'est un principe confirmé par nombre d'Arrêts, que ces sortes de Donations n'ont jamais été sujettes à la révocation, par survenance d'enfans. Pour épargner la longueur du détail, on fera seulement mention

d'un Arrêt rapporté au Journal du Palais, en datte du 12 Mars 1680. qui a confirmé une Donation faite par Contrat de mariage entre deux conjoints, où l'on avoit ſtipulé, qu'en cas d'enfans qui pouroient ſurvenir, la Donation reprendroit ſa force, s'ils venoient à décéder avant l'âge de 25 ans.

Quant aux Donations faites entre maris & femmes autrement que par Contrat de mariage, elles ne méritent pas tant de faveur que les premieres, & l'Ordonnance fait une grande diſtinction entre les unes & les autres. L'Article XXXIX. excepte irrévocablement celles faites par Contrat de mariage de la Loi *ſi unquam*, mais le préſent Article ne conſerve aux Donations faites autrement que par Contrat de mariage la même exception, que pour ainſi dire juſqu'à nouvel ordre. On trouve pourtant dans le Journal du Palais, un Arrêt rendu en la quatriéme Chambre des Enquêtes au rapport de M. de la Garde, pour MM. Voyſin le 13 Juillet 1680. qui a jugé valable une Donation faite entre mari & femme, autrement que par Contrat de mariage, dans laquelle étoit ſtipulé, que la Donation auroit lieu, en cas que les enfans qui ſurviendroient vinſſent à mourir avant un certain âge; le cas prévû étoit arrivé.

Ni pareillement les Donations faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance.

Le Droit Romain n'a pas toujours été uniforme dans ſes diſpoſitions ſur les Donations

faites par les peres de famille aux enfans étant en leur puissance. L'ancien Droit ne les souffroit point, si ce n'est, lorsqu'elles étoient faites en les émancipant : il étoit seulement permis de leur accorder l'administration d'un pecule, tant que duroit l'autorité paternelle : *Si pater filio quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu : quoniam nulla donatio est. Leg.* 1 §. 1. *Dig. pro donat.* Et dans le cas même, où le fils venoit à être émancipé après la Donation, elle n'avoit point pour cela effet, à moins que le pere ne la ratifiât expressément, ou du moins tacitement : *Pater qui filiæ quam habuit in potestate, mancipia donavit, & peculium emancipatæ non ademit, ex post facto donationem videtur perfecisse. Leg. donationes 31. §. pater Dig. de donationibus.* Ensuite l'Empereur Justinien voulut, que la Donation faite par le pere de famille à son fils, demeurât confirmée par la mort du pere, pour valoir comme Donation à cause de mort, si le pere n'avoit pas changé de volonté.

Mais à considérer les choses dans la rigueur des principes, ni cette confirmation qui s'opéroit par la mort du pere, ni cette ratification expresse ou tacite qu'il en faisoit de son vivant après l'émancipition, ne pouvoient faire valoir une Donation qui étoit nulle dans son principe : *Quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit.* Tant que le fils est sous la puissance de son pere, à l'exception de son pecule, tout ce qu'il acquiert est pour son pere ; les Donations qui lui sont faites, retournent à son pere. En un mot, il n'est qu'une seule & même personne avec son pere

Par conſéquent, lorſque le pere de famille donne aux enfans étant en ſa puiſſance, c'eſt de même que s'il ſe donnoit à lui-même, & par une ſuite néceſſaire, comme s'il ne donnoit point. Or qui dit, *ratifier ou confirmer*, ſuppoſe une choſe qui exiſtoit déja ; ce qui ne ſe peut rencontrer dans l'eſpece, puiſque réellement & véritablement il n'y a aucune Donation. Il faudroit donc, pour faire revivre ces Actes, quelque choſe de plus qu'une confirmation & qu'une ratification : *qui confirmat, nihil dat*. Et la ſeule choſe, ſelon moi, capable de donner à ces Donations un être qu'elles n'ont jamais eu, ce ſeroit de les renouveller entierement.

A l'égard de toutes leſquelles Donations il ne ſera rien innové, juſqu'à ce qu'il ait été autrement par nous pourvu.

L'affranchiſſement de la Loi générale des Donations, que le Légiſlateur veut bien ici conſerver aux Dons mutuels, aux Donations entre conjoints faites autrement que par Contrat de mariage, & à celles faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance, n'eſt point, comme on le voit, une diſpoſition permanente ; c'eſt plutôt un privilége de tolérance qu'il ſe réſerve de réformer & d'anéantir, quand il le jugera à propos.

ARTICLE XLVII.

Voulons au ſurplus que la préſente Ordonnance ſoit gardée &

obſervée dans tout notre Royaume, Terres & Pays de notre obéiſſance, à compter du jour de la publication qui en ſera faite ; abrogeons toutes Ordonnances, Loix, Statuts & Uſages différens, ou qui ſeroient contraires aux diſpoſitions y contenues, ſans néanmoins que les donations faites avant ladite publication, puiſſent être attaquées ſous prétexte qu'elles ne ſeroient pas conformes aux régles par nous preſcrites ; Notre intention étant qu'elles ſoient exécutées, ainſi qu'elles auroient pû & dû l'être auparavant, & que les conteſtations nées & à naître ſur leur exécution ſoient décidées ſuivant les Loix & la Juriſprudence qui ont eu lieu juſqu'à préſent dans nos Cours à cet égard.

Cette derniere diſpoſition de l'Ordonnance nous apprend, qu'elle n'a prétendu régler que les Donations poſtérieures à ſa publication ; qu'à l'égard de celles qui pourroient être antérieures, elles ne ſont point aſ-

sujetties aux regles qui y sont prescrites ; & que les contestations ausquelles ces Donations antérieures pourront donner lieu dans la suite, seront décidées par les Loix & la Jurisprudence particuliere de chaque Cour. C'est pourquoi bien que ces Loix & cette Jurisprudence se trouvent détailleés dans différens Auteurs, on a cru entreprendre un ouvrage utile & même nécessaire au Public, en s'attachant avec exactitude à mettre sous un même point de vûe, & à représenter comme dans un même tableau, ce qui se pratiquoit avant l'Ordonnance dans chaque Parlement, & ce que l'Ordonnance a adopté, changé & ajouté dans l'ancienne Jurisprudence ; on s'est flatté, que par le secours des observations qu'on a faites sur chaque dispositions des différens Articles, les Lecteurs seront non-seulement à portée de juger de la validité des Donations antérieures à l'Ordonnance, mais encore de pénétrer davantage l'esprit de l'Ordonnance même, & d'en faire plus aisément l'application aux Donations postérieures à sa publication qui sont son seul & véritable objet.

Si donnons en Mandement à nos Amés & Féaux les Gens tenans nos Cours de Parlement, Grand-Conseil, Chambre des Comptes, Cour des Aides, Baillifs, Sénéchaux, & tous autres nos Officiers, que ces Présentes ils gardent, observent, entretiennent, fassent garder, observer & entretenir, &

pour les rendre notoires à nos sujets, les fassent lire, publier & registrer : CAR *tel est notre plaisir.* DONNE' *à Versailles au mois de Février, l'an de grace mil sept cens trente-un, & de notre Régne le seiziéme, signé* LOUIS, *& plus bas par le Roi, Phelypeaux. Visa Chauvelin. Et scellé du grand Sceau de cire verte.*

Dattes des Enregistremens des Cours Souveraines.

PARLEMENS.

D'Aix, 4 Avril
De Besançon, 28 Mai
De Bordeaux, 19 Juillet
De Dijon, 4 Juin
De Douay
De Grenoble, 25 May
De Metz, 5 Avril
De Paris, 9 Mars
De Pau
De Rennes, 16 Avril
De Rouen, 27 Juillet
De Toulouse, 14 Juillet



1731.

Conseils Souverains.

D'Alsace, 5 Avril
De Roussillon, 5 Avril

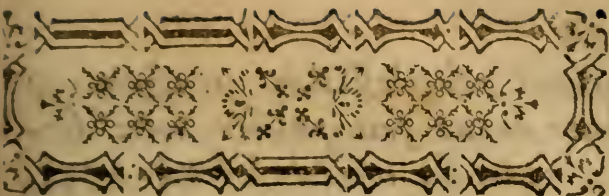
Chambre des Comptes.

Dauphiné, 27 Avril



1731.

ORDONNANCE



ORDONNANCE DES TESTAMENS.

PREAMBULE.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: A tous présens & à venir: Salut. Dans la résolution générale que nous avons prise, de faire cesser toute diversité de Jurisprudence entre les différentes Cours de notre Royaume, sur les matieres où elles suivent les mêmes Loix, nous avons donné notre premiere attention aux questions qui naissent sur les dispositions que les hommes font de leurs biens à titre

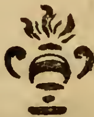
gratuit ; & c'est dans cet esprit que nous avons fait publier notre Ordonnance du mois de Février 1731. *qui fixe la Jurisprudence sur ce qui regarde la nature, la forme, les charges & les conditions des Donations entre-vifs. Nous suivons à présent l'ordre naturel, en portant nos vues sur un autre genre de dispositions gratuites, c'est-à-dire, sur celles qui se font à cause de mort, & où la Loi permet aux hommes d'exercer un pouvoir qui s'étend au-delà des bornes de leur vie. L'opposition qui régne à cet égard entre l'esprit du Droit Romain, toujours favorable à la liberté indéfinie des Testateurs & celui du Droit François, qui semble n'avoir travaillé qu'à restraindre & à limiter leur pouvoir, peut être regardé à la vérité comme la premiere origine d'une varieté de Jurisprudence qui se fait sentir dans cette matiere encore plus que dans aucune autre. Mais la principale cause d'une si grande diversité, a été l'incertitude que*

les sentimens des Interprêtes, souvent contraires les uns aux autres, & quelquefois aux Loix mêmes qu'ils expliquent, semble avoir répandu dans les Jugemens. Ce n'est pas seulement sur des questions peu intéressantes que les esprits se sont partagés; c'est sur les points même les plus essentiels de la Jurisprudence pour assurer la validité & l'effet des dernieres volontés. Tels sont les solemnités où la forme extérieure des dispositions Testamentaires, l'institution d'heritier, le vice de la préterition des enfans du Testateur, la maniere de laisser ou de fixer la Légitime, les différentes détractions, soit de cette portion sacrée dont le privilege est fondé sur la Loi naturelle, soit de celle que des Loix positives accordent aux héritiers institués, sous le nom de Quarte falcidie & de Quarte Trebellianique, le droit d'Election donné par le Testateur à son héritier, enfin l'exécution & l'effet des dispositions que le do-

micile du Teſtateur, le lieu où le Teſtament a été fait & la ſituation des biens ſemblent aſſujettir à des régles différentes, ou même contraires. C'eſt ſur des matieres ſi importantes que nous jugeons à propos de rendre la Juriſprudence uniforme dans tous les Tribunaux de notre Royaume. Notre intention n'eſt point de faire dans cette vûe, un changement réel aux diſpoſitions des Loix qu'ils ont obſervées juſqu'à préſent. Nous voulons au contraire en affermir l'autorité par des regles tirées de ces Loix mêmes, d'une maniere ſi preciſe, que l'incertitude où la varieté des maximes ne ſoit plus deſormais une matiere toujours nouvelle d'inquietude pour les Teſtateurs, de doutes pour les Juges & de procès ruineux même pour ceux qui les gagnent. Nous ne pouvions parvenir plus ſurement à un ſi grand bien, qu'en nous faiſant rendre un compte exact des uſages & maximes de chaque Parlement ou Conſeil ſuperieur de notre Royaume, ſur la matiere

des Testamens, ainsi que nous l'avons fait sur celle des Donations entre-vifs; & nous y avons eû la même satisfaction, de voir ces Compagnies souvent divisées dans leurs opinions, mais toujours unies par l'amour de la Justice, tendre egalement, quoique par des voyes differentes, au grand objet du bien public. Quand nous n'aurions fait que nous déterminer entre ces voyes, pour en authoriser une seule, l'établissement d'une regle fixe & certaine, auroit toujours été un grand avantage pour nos sujets. Mais notre affection pour eux a été encore plus loin; & dans le choix que nous étions obligé de faire, nous avons toujours préferé la régle la plus conforme à cette simplicité, qui a été appellée l'amie des Loix, parce qu'elle prévient ces distinctions ou ces interprêtations specieuses, dont on abuse si souvent pour en éluder la disposition, sous prétexte d'en mieux pénetrer l'esprit. C'est ainsi qu'en éloignant tout ce

qui peut rendre les jugemens incertains & arbitraires, nous remplirons le principal objet de la Loi, qui est de tarir, autant qu'il est possible, la source des procès, d'affermir la tranquillité & l'union des Citoyens, & de leur faire goûter les fruits de cette Justice, que nous regardons comme le fondement du bonheur des Peuples & de la gloire la plus solide des Rois. A CES CAUSES, *& autres à ce Nous mouvans, de l'avis de notre Conseil, & de notre certaine science, pleine puissance & autorité Royale. Nous avons dit, declaré & ordonné, disons, déclarons, & ordonnons, voulons & nous plaît ce qui suit.*



Diſtribution générale.

LE Plan général de l'Ordonnance des Teſtamens peut ſe diviſer en quatre Parties principales.

La premiere concerne les *formalités* des différentes eſpéces de Teſtamens.

La ſeconde, les *Témoins Teſtamentaires.*

La troiſiéme, *l'Inſtitution d'héritier.*

La quatriéme enfin comprend pluſieurs *diſpoſitions particuliéres* qu'on a cru devoir raſſembler ſous un même Titre.

TITRE PREMIER.

Des Formalités des Testamens.

L'Ordonnance du mois d'Août 1735. a regardé les formalités en matiére de Testamens, comme si sagement établies pour empêcher la suggestion, & pour assurer la liberté des Testamens, que depuis l'Article premier jusqu'à l'Article XXXVIII, elle n'est occupée qu'à prescrire celles qui sont nécessaires à la perfection des différentes espéces de Testamens. Le Législateur auroit pu sans doute ramener sur ce point, à une seule & même Loi, tous les peuples soumis à son obéissance; & ce parti auroit semblé le plus capable de remplir le but d'unité & de simplicité qu'il s'est proposé. Mais voulant bien se prêter au préjugé naturel qu'a cha-

que peuple pour les uſages dans leſquels il eſt né, il a laiſſé à chaque Province ſes Loix & ſes Coutumes particuliéres : & il s'eſt contenté d'y réformer ce qui étoit défectueux, d'y fixer ce qui étoit douteux & incertain, & d'y retrancher ce qui n'étoit pas marqué au coin du bien public, qui doit être le principe & l'ame de toutes les formalités.

Ces formalités ont dans l'Ordonnance quatre objets principaux.

1°. Les *Teſtamens des Pays de Droit Ecrit.*

2°. Les *Teſtamens des Pays Coutumiers.*

3°. Les *Teſtamens Militaires.*

4°. Les *Teſtamens faits en tems de Peſte.*

Pour plus grande facilité, on partagera ces quatre objets en autant de Chapitres, dans chacun deſquels on examinera les Articles de l'Ordonnance qui ont

rapport à chacun de ces objets en particulier.

CHAPITRE PREMIER.

Des formalités des Teſtamens en Pays de Droit Ecrit.

NOus n'entrerons point dans le détail des différentes eſpéces de Teſtamens qui étoient autrefois en uſage chez les Romains. Nous n'approfondirons point quelles étoient les formalités de ceux qui ſe faiſoient *calatis comitiis*, *in procinctu*, & *per æs & libram*. Comme ces trois ſortes de Teſtamens ne ſont plus depuis long-tems en uſage & ont fait place à d'autres d'une forme infiniment plus ſimple & plus naturelle, cette recherche ſeroit plus curieuſe qu'utile.

Nous obſerverons ſeulement, que l'Ordonnance diſtingue pour les Pays de Droit écrit, trois ſortes de Teſtamens, dont elle regle les formalités; ſçavoir, les Teſtamens *nuncupatifs*, les Teſtamens *myſtiques* ou *ſecrets*, & les Teſtamens *faits entre enfans & deſcendans*.

Quant aux Teſtamens *nuncupatifs*;

on en connoiſſoit autrefois de deux ſortes, les *nuncupatifs proprement dits* ; c'eſt-à-dire, ceux qui ſe faiſoient par la ſeule nuncupation & ſans écriture, & les *nuncupatifs écrits.* L'Article I. de l'Ordonnance abroge entiérement l'uſage des *nuncupatifs proprement dits* ; l'Article II. va même juſqu'à proſcrire les Teſtamens faits par ſignes, quoique rédigés par écrit ſur le fondement des ſignes ; & l'Article III. étend la même prohibition aux Teſtamens faits par lettres miſſives. Les Articles IV. V. & VI. reglent la forme des Teſtamens *nuncupatifs écrits* ; l'Article VII. ajoute quelques formalités aux précédentes, lorſque le Teſtateur eſt aveugle. Enfin l'Art. VIII. décide, ſi un muet peut faire un Teſtament *nuncupatif écrit.*

A l'égard des Teſtamens *myſtiques*, l'Article IX. en preſcrit la forme ; les Articles X. XI. & XII. diſtinguent ceux qui peuvent teſter de cette maniere d'avec ceux qui ne le peuvent. L'Art. XIII. contient une exception à quelques diſpoſitions précédentes, & l'Art. XIV. traite des *Codiciles.*

Enfin les Articles XV. XVI. XVII. & XVIII. établiſſent les regles particulieres auſquelles ſont aſſujettis les Teſtamens & diſpoſitions à cauſe de mort, *entre enfans & deſcendans.*

ARTICLE PREMIER.

Toutes dispositions Testamentaires ou à cause de mort de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que verbalement, & deffendons d'en admettre la preuve par Temoins, même sous pretexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé.

Toutes dispositions Testamentaires à cause de mort de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que verbalement.

Ces deux dispositions sont une suite l'une de l'autre ; car si tout Testament doit être fait par écrit, celui qui n'est fait que verbalement, est irrégulier. Elles different cependant, en ce que la seconde de ces deux dispositions, ajoute à la premiere la peine de nullité.

Originairement néanmoins les Testamens nuncupatifs n'étoient faits que verbalement ; ils n'exigeoient ni écriture, ni signature du Testateur, ni souscription des témoins. Pour-

vu que le Teſtateur eut déclaré intelligiblement ſa volonté en préſence de ſept perſonnes, tout étoit accompli : *Sed hæc quidem de Teſtamentis quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt : ſi quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili Teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſuâ voluntate coram eis nuncupatâ, ſcias hoc perfectiſſimum Teſtamentum jure civili, firmumque conſtitutum. Inſtit. lib. 2. tit. 10. de Teſtam ordin. 14. §. ult. ſed hæc quidem.* Lors de la nuncupation du Teſtament, il ne s'en faiſoit aucune rédaction par écrit. Mais le tout ſe conſervoit dans la mémoire des témoins, comme un dépôt fidel Après le décès du Teſtateur, ils ſe tranſportoient chez le Magiſtrat, & là, on dreſſoit un procès verbal pour ſervir de preuve du Teſtament, après toutefois que les témoins avoient juré ſur la vérité de leurs dépoſitions. *Leg. ult. §. ſi vero. Cod. de Teſtam.*

Mais on a reconnu depuis l'abus & les inconvéniens qui pouvoient réſulter de ce défaut d'écriture. C'eſt pourquoi dans les Provinces du Royanme qui ſont ſoumiſes au Droit écrit, on a introduit l'uſage de faire recevoir les Teſtamens nuncupatifs par un Notaire, en préſence de ſept témoins. Néanmoins, cet uſage n'y étoit point regardé comme une ſolemnité néceſſaire à la validité du Teſtament, mais comme une preuve plus ſûre du Teſtament en lui-même. Car ces Provinces avoient toujours conſervé la liberté de ſe ſervir de la premiere forme, à l'exception des Pays de Droit écrit, qui ſont du reſſort du Parlement de Paris, ou depuis l'Ordonnance de Moulins, (dont l'Article LIV. dé-

fend la preuve par témoins au-deſſus de cent livres) les Teſtamens nuncupatifs proprement dits, n'ont plus été tolérés. Mais à l'égard des autres Parlemens, il n'en étoit pas de même. M. d'Expilly (*a*) nous atteſte, que la liberté du choix des deux formes de Teſtamens nuncupatifs, a été conſervée au Parlement de Grenoble. M. Maynard (*b*) dit qu'au Parlement de Toulouſe, on admettoit non-ſeulement les Teſtamens nuncupatifs non écrits, mais même y ayant un Teſtament écrit, on y recevoit la preuve des diſpoſitions qui n'étoient pas contraires à celles qui ſe trouvoient écrites. Automne (*c*) aſſure qu'on penſoit de même au Parlement de Guyenne. Néanmoins ſelon la Peyrere, (*d*) le même Parlement de Guyenne ne recevoit aucune preuve par témoins des Teſtamens nuncupatifs.

L'Article préſent de notre Ordonnance, en confirmant & étendant même l'Ordonnance de Moulins, a retranché tout-à-fait cette eſpece dangereuſe de Teſtamens, par laquelle l'on confioit à la ſeule memoire d'un certain nombre de témoins, des diſpoſitions ſouvent immenſes, & qui comprenoient la ſucceſſion entiere d'une perſonne. Et en adoptant la Juriſprudence du Parlement de Paris, il exige que toutes diſpoſitions teſtamentaires ſoient faites par écrit à peine de nullité.

Deffendons d'en admettre la preuve par

(*a*) D'Expilly, Recueil d'Arrêt Chap. 171. & 172.
(*b*) Maynard, Liv. 5. Chap. 23.
(*c*) Automne ſur l'Article LIV. de la Coutume de Bordeaux.
(*d*) La Peyrere lettre T. nomb. 119.

Témoins, même ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé.

L'Article LIV. de l'Ordonnance de Moulins ne proſcrivoit la preuve par témoins, qu'au-deſſus de cent livres; & comme les Parlemens qui avoient rejetté les Teſtamens nuncupatifs non écrits, ne s'y étoient déterminés que ſur le fondement de l'Ordonnance de Moulins, il s'enſuivoit, que même dans ces Parlemens, lorſque la ſomme ou la valeur de la choſe dont le Teſtateur avoit diſpoſé, n'excédoient pas cent livres, il n'étoit pas beſoin d'écrit, & que la preuve s'en pouvoit faire par témoins. C'eſt auſſi ce qui ſe jugeoit au Parlement de Paris, quoique l'eſpece d'une diſpoſition ſi modique ſoit aſſez rare. Mais notre Ordonnance, étendant en cela celle de Moulins, ne veut pas que la modicité de la ſomme ſoit un prétexte pour faire ſubſiſter une diſpoſition verbale, & défend même, en ce cas, la preuve par témoins.

ARTICLE II.

Déclarons pareillement nulles toutes diſpoſitions qui ne ſeroient faites que par ſignes, encore qu'elles euſſent ete redigées par écrit ſur le fondement deſdits ſignes.

Déclarons pareillement nulles toutes diſ-

positions qui ne seroient faites que par signes.

Les Loix Romaines ont permis à ceux qui, à l'extrémité de la vie, avoient perdu l'usage de la parole, de disposer de leurs biens à titre de fidei-commis *par signes*, pourvû que les signes fussent si évidens, qu'ils pussent servir à faire connoître avec certitude, qu'elle avoit été la volonté du deffunt, & que cette volonté fut certifiée par cinq témoins.

Le Parlement de Toulouse avoit adopté cet usage (*a*)

On suivoit la même Jurisprudence au Parlement de Bordeaux. (*c*) Mais la Jurisprudence du Parlement de Paris a toujours été contraire. Henrys (*c*) fait mention d'un Arrêt qui a rejetté un semblable Testament, quoiqu'il fut fait par un pere entre ses enfans; & l'Ordonnance est conforme à cette Jurisprudence.

En effet, si elle a cru devoir bannir les Testamens purement nuncupatifs, quoique la volonté du Testateur y ait été clairement énoncée en présence de sept témoins, à combien plus forte raison a-t-elle du exclure les Testamens qui n'ont pour fondement que les signes incertains d'une volonté mourante.

Aussi voyons-nous, que le Roi de Prusse a exclu cette forme de tester dans ses Etats; (*d*) ce Prince a même été plus loin, (*e*) en abolissant les

(*a*) D'Olive, liv. 5. Chap. 18.
Maynard, liv. 5. Chap. 6. & 7. & liv. 8 Chap. 59.
(*b*) Automne sur l'Art. LIV. de la Cout. de Bordeaux.
(*c*) Henrys, Liv. 5. quest 8.
[*d*] Code Fréderic, Part. II. liv. 7. tit. 2 parag. 9. 11. 3. à la fin. Edit. de 1752. *in*-12. à Halle, p. 425.
[*e*] Ibid parag. 13. & 22. pp. 430 & 432.

les Teſtamens myſtiques & holographes, & en ordonnant que tous les Teſtamens ſolemnels, c'eſt-à dire autres que les privilégiés, ſeroient faits judiciairement, ou préſentés à une Cour de Juſtice : on n'y met au rang des Teſtamens privilégiés, (*a*) que les Teſtamens faits, ou par des peres entre leurs enfans, ou par des militaires étant en campagne, ou par toute ſorte de perſonnes en tems de peſte. Mais les ménagemens que notre Légiſlateur a cru devoir obſerver pour les uſages des Pays de Droit écrit quant aux Teſtamens myſtiques, & pour ceux des Pays Coutumiers à l'égard des Teſtamens holographes, ne lui ont pas permis de prendre ce parti.

Encore qu'elles euſſent été rédigées par écrit ſur le fondement deſdits ſignes.

Les ſignes, par eux-mêmes, ne peuvent être que des préſomptions plus ou moins équivoques de la volonté. Par conſéquent l'écriture dont ces ſignes ſont le principe, portant avec ſoi le même caractere d'incertitude, elle ne peut donner un plus grand dégré d'évidence & de certitude de la volonté du défunt dont les ſignes ſont émanés.

On trouve néanmoins dans le Journal du Palais, un Arrêt rendu au Parlement de Paris le 9 Août 1683. qui a confirmé un Teſtament fait ſur interrogation, par un particulier qui ne pouvoit s'énoncer, que par *Oui* & par *Non*, pour avoir été attaqué d'apoplexie

[*a*] Ibid parag. 3. p. 420.

deux ans auparavant ; mais il s'étoit expliqué aux Notaires par ſignes & par jettons. Il eſt vrai qu'il avoit mis entre leurs mains, un premier Teſtament qu'il révoquoit, avec un Mémoire des parens qu'il vouloit gratifier ; & que même il avoit depuis déclaré devant le Sénéchal de Lyon, qu'il approuvoit le Teſtament. Malgré des circonſtances auſſi favorables, un pareil Teſtament ne ſeroit pas aujourd'hui confirmé.

ARTICLE III.

Voulons auſſi que les diſpoſitions qui ſeroient faites par Lettres miſſives, ſoient regardées comme nulles & de nul effet.

Nombre de Loix ont décidé, que les fidéicommis pouvoient être laiſſés par lettres miſſives. (*a*) Mais il falloit le ſuffrage de cinq témoins outre la lettre : *Et in epiſtolâ vel libello fidei-commiſſum relinqui poſſe, adhibitis teſtibus quinque, nulla dubitatio eſt.* (*b*)

M. de Cambolas (*c*) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe intervenu le 22 Février 1616. qui a jugé conformément à ces Loix.

Le ſixiéme Tome du Journal du Palais,

[*a*] L. *Cum Pater* 77. parag. *Donationis & L. Teſtator* 89. D. *de Legat* 2. L. *Cum hæredes* 7. *Cod. qui Teſtam. fac. poſſ.*

(*b*) L. *& in Epiſtola* 22. *Cod. de fidei-com.*

(*c*) Cambolas, Liv. 6. Chap. 5.

fournit encore un Arrêt donné au Parlement de Paris en la troisiéme Chambre des Enquêtes le 28 Juin 1678. au rapport de M. Portail qui a confirmé un Testament holographe fait par une simple lettre missive, quoique la Testatrice eut marqué qu'elle avoit dessein de faire un Testament, mais que son intention étoit, en cas qu'elle fut prévenue, que le Légataire se mit en possession de certaines choses énoncées dans la lettre.

Les mêmes motifs qui ont engagé le Législateur à rejetter les Testamens faits par signes, quoique rédigés par écrit sur le fondement des signes, l'ont aussi porté à proscrire ceux faits par lettres missives. Qu'on ne dise point, que la volonté du défunt est beaucoup plus certaine dans ce dernier cas, que dans l'autre. Car ce n'est pas assez pour la validité d'un Testament, que la volonté du Testateur soit connue ; il faut encore, qu'on soit assuré que cette volonté a été libre & non suggérée ; ce qui ne se peut connoître, que par l'exécution des formalités qui ont été jugées convenables & nécessaires, pour empêcher la suggestion.

ARTICLE IV.

L'usage des Testamens nuncupatifs écrits & des Testamens mystiques ou secrets continuera d'avoir lieu dans les Pays de Droit Ecrit & autres où lesdites formes de tester

sont autorisées par les Coutumes ou Statuts.

L'usage des Testamens Nuncupatifs écrits & des Testamens Mystiques ou secrets, continuera d'avoir lieu dans les Pays de Droit écrit.

L'Ordonnance, après avoir abrogé dans le premier Article les Testamens nuncupatifs purs & simples qui avoient eu lieu jusqu'alors en Pays de Droit écrit, conserve, dans celui-ci, l'usage des Testamens nuncupatifs écrits, qui ne sont pas sujets aux mêmes inconvéniens. L'Article suivant contient les regles qui y sont prescrites, & par l'examen desquelles on verra, que les Testamens nuncupatifs écrits, tels qu'ils sont admis par l'Ordonnance, & les Testamens connus dans le Droit Romain, sous le nom de Testamens solemnels, n'ont entr'eux aucune différence réelle.

L'usage des Testamens mystiques ou secrets, est aussi autorisé par l'Ordonnance en Pays de Droit écrit : voici quelle étoit autrefois la forme de ces sortes de Testamens. Le Testateur, après avoir écrit ou fait écrire son Testament, le mettoit dans une enveloppe cachetée de son sceau, qu'il présentoit au Notaire en présence de sept témoins priés par lui Testateur. Ensuite le Notaire écrivoit sur l'enveloppe, qu'un tel jour en présence de tels & tels témoins suffisamment requis & appellés, le Testateur avoit présenté un papier

plié, qu'il avoit dit être ſon Teſtament, de laquelle Déclaration le Teſtateur avoit requis Acte au Notaire & aux témoins, en les priant d'en porter témoignage, & pour cet effet, de ſigner l'Acte & d'y appoſer leurs ſceaux, ce qu'ils avoient fait avec le Teſtateur & le Notaire, en ſe ſervant par tel témoin de tel ſceau. Après que cet Acte étoit ſigné du Notaire & des témoins, le Teſtateur ſignoit auſſi, ou faiſoit ſigner un huitiéme témoin en ſa place.

Quand le Teſtateur étoit décédé, ceux qui prétendoient avoir quelque droit au Teſtament, faiſoient appeller les héritiers préſomptifs devant le Juge du domicile du Teſtateur, pour voir procéder à l'ouverture du Teſtament, & les témoins pour reconnoître ſi leurs ſceaux étoient ſains & entiers; après quoi le Teſtament devoit avoir ſon exéution, s'il ne s'y trouvoit aucun défaut, ou qu'il n'eut point été valablement révoqué.

Voilà ce qui s'obſervoit avant l'Ordonnance, par rapport à ces ſortes de Teſtamens; nous examinerons ſur les Articles ſuivans qui en traitent, ce qui a été changé ou conſervé dans ces formes. Il nous ſuffit d'avoir obſervé ſur l'Article dont il s'agit, que l'uſage de ces Teſtamens y a été conſervé pour les Pays de Droit écrit.

Et autres où leſdites formes de teſter ſont autoriſées par les Coutumes ou Statuts.

Les Teſtamens nuncupatifs ſont admis par

plusieurs Coutumes qui ne suivent pas d'ailleurs le Droit Romain. La Coutume d'Amiens (Article LVI.) parmi les différentes formes de tester qu'elle admet, autorise expressément les Testamens nuncupatifs en ces termes : *Ou que le Testateur ait déclaré sa volonté en présence de quatre témoins, idoines & suffisans, non légataires & n'ayant intérêt audit Testament*, la Coutume de Laon Article LIX. celle de Châlons Article LXVIII. celle de Melun Article CCXIV. celle de Valois Article CLXX. s'expriment précisément dans les mêmes termes.

ARTICLE V.

Lorsque le Testateur voudra faire un Testament Nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions, en présence au moins de sept Témoins, compris le Notaire ou Tabellion, lequel écrira lesdites dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le Testateur; après quoi sera fait lecture du Testament entier audit Testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par ledit Notaire ou Tabellion, & le Testament sera signé par le Testateur

ensemble par le Notaire ou Tabellion & par les autres Témoins, le tout de suite & sans divertir à autres Actes ; & en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Lorsque le Testateur voudra faire un Testament Nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions.

La premiere des formalités prescrites par l'Ordonnance pour la perfection des Testamens nuncupatifs, est que toutes les dispositions en soient prononcées par le Testateur, d'une maniere intelligible ; & en effet le terme *nuncupatif* le porte. Car, comme dit fort bien la Loi 21. *D. de Testam. qui nuncupat, debet palam nuncupare, ita ut à testibus exaudiri possit.* Le fameux Arrêt du mois d'Août 1602. rapporté par Henrys (*a*) exige la même chose. Nous aurons bientôt occasion d'entrer dans le détail de cet Arrêt.

En présence au moins de sept Témoins, y compris le Notaire ou Tabellion.

Cette disposition a deux parties importan-

[*a*] Henrys liv. 5. quest. 7.

tes ; la premiere concerne le nombre des té moins ; la feconde, la néceffité de faire le Tef tament nuncupatif écrit devant Notaire.

Quant au nombre des témoins, le Droi civil avoit bien requis la préfence des témoin pour la folemnité des Teftamens ; mais il n'e avoit pas marqué le nombre. Ce fut le Pré teur, qui par fon Edit, en fixa le nombre fept. C'eft ce que Juftinien nous apprend dan fes Inftitutes. (*a*) *Sed cum paulatim*, (y eft-i dit,) *tam ex ufu hominum quam ex Conftitu tionum emendationibus, cœpit in unam confc nantiam Jus civile & Pretorium jungi, confti tutum eft, ut uno eodemque tempore, quod Ju civile quodam modo exigebat, feptem teftibu adhibitis, & fubfcriptione teftium, quod e Conftitutionibus inventum eft, & ex Edicto Pr toris fignacula Teftamentis imponerentur : ita hoc jus tripartitum effe videatur : & teftes quide & eorum prefentia, uno contextu Teftamenti c lebrandi gratiâ, à Jure civili defcendant : fufcri tiones autem Teftatoris & teftium, ex facraru Conftitutionum obfervatione adhibeantur : fi nacula autem & teftium numerus, ex Edict Prætoris.*

A l'égard de la néceffité de faire le Teft ment nuncupatif écrit pardevant Notaire ce n'en étoit point une jufqu'à l'Ordonnanc Il n'y a aucune Loi civile qui l'ait prefcrit. eft vrai, que c'étoit depuis long-tems, un uf ge de le faire ainfi dans les Provinces de Dr écrit, & cet ufage étoit infiniment louable & rendoit la vérité du Teftament bien pl certaine, que fi c'eut été un témoin fans ca

[*a*] *Inftit.* lib. 2. tit. 10. *Qui Teftamenta facere poff* parag. 2.

racter

ractere qui eut écrit l'Acte. C'est pourquoi, le Législateur a jugé à propos d'adopter cet usage, & d'en faire une regle constante pour l'avenir ; mais afin de se concilier avec les Loix civiles qui ne requierent que le nombre de *sept témoins*, l'Ordonnance ajoute, que le Notaire ou Tabellion pourra faire partie de ce nombre.

Lequel écrira lesdites dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le Testateur.

Quelque sage que fut l'usage pratiqué dans le Pays de Droit écrit, de faire les Testamens nuncupatifs devant Notaires, cependant comme c'est le propre de la fragilité humaine, en voulant éviter un écueil, de retomber dans un autre, cet usage produisit un grand inconvénient. Car les Notaires se rendirent les maîtres des Testamens, & les rédigérent à leur volonté. Les Testateurs n'y avoient souvent d'autre part, qu'un simple témoignage de consentement, ou la réponse d'un monosyllabe aux interrogations du Notaire. Souvent même leur silence étoit pris pour un acquiescement, & suppléoit à l'expression libre & non équivoque de leur volonté. Ce désordre fut arrêté par l'Arrêt du dernier Août 1602. dont nous avons déja parlé. Cet Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit, sur l'appel d'une sentence du Bailli de Forest, entre André Robert d'une part, & Ursule Renoul d'autre, déclara nul le Testament de Margueritte Renoul, condamna

le Notaire aux dépens de l'inſtance de faux, & par forme de Réglement, fit déſenſes à ce Notaire, & aux autres Notaires du Bailliage de Foreſt, ſur peine de faux & de privation de leurs états de Notaires, d'écrire & de recevoir aucuns Teſtamens, que premierement le Teſtateur ou la Teſtatrice n'euſſent, en la préſence de ſept témoins requis par la diſpoſition du Droit écrit, déclaré intelligiblement leur derniere volonté, ſans aucune ſuggeſtion ou induction. L'Ordonnance a encore enchéri ſur ce prudent Réglement, qui n'exige autre choſe, ſinon que le Teſtateur déclare intelligiblement ſa volonté, avant que le Notaire écrive, & ſemble par là, laiſſer à ce Notaire, la liberté de rediger & d'expliquer à ſon gré le ſens de la déclaration du Teſtateur. Elle aſſujettit le Notaire à écrire litteralement les diſpoſitions des Teſtateurs, à meſure & telles qu'ils les prononcent, ſans qu'il puiſſe rien y ajouter ni y diminuer.

Après quoi ſera fait lecture du Teſtament entier audit Teſtateur.

Nous ne trouvons aucune Loi Romaine, qui faſſe une regle générale de la lecture du Teſtament au Teſtateur après ſa rédaction. S'il s'en trouve quelques-unes, c'eſt pour des cas particuliers, comme la Loi premiere *dig. ad Legem Cornel. de fals.* §. *inter filium*, qui veut que le Teſtateur faſſe mention en la ſouſcription, *quod illi dictavi & recognovi*, pour empêcher, que celui qui, ayant été employé par le Teſtateur à écrire ſon Teſtament, y avoit

inféré une disposition en sa faveur, ne pût être sujet à la peine du *Senatusconsulte Libonien.*

La Loi *hâc consultissimâ C. qui Testam. fac. poss.* requiert aussi pour les Testamens des aveugles, que la lecture en soit faite par le Notaire au Testateur & aux témoins : *Testamentum à Tabulario recitetur Testatori simul & testibus.*

Mais, hors ces cas, on jugeoit, que cette lecture n'étoit point une formalité nécessaire, & dont l'omission put opérer la nullité de l'Acte. M. de la Rocheflavin (a) fait mention d'un Arrêt général prononcé au Parlement de Toulouse le 14 Septembre 1567. qui a confirmé un Testament, quoiqu'il n'eut point été lû & relû au Testateur, après avoir été rédigé par écrit.

Il est vrai qu'au Parlement de Paris, l'Arrêt du mois d'Août 1602. déja cité, après avoir défendu au Notaire d'écrire aucun Testament que le Testateur n'eut auparavant déclaré intelligiblement sa volonté, ordonne encore, que le Testament, après avoir été écrit par le Notaire, sera lû & relû. Cependant quoique cet Arrêt semble avoir été fait pour servir de reglement en cette matiere, quelques Auteurs, du nombre desquels est Ricard, (b) prétendent, que même au Parlement de Paris, il n'a point eu d'exécution ; & pour confirmer ce qu'il avance, cet Auteur rapporte un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le Lundi 21 Juillet 1653. au

(a) Rocheflavin, Arrêts Notables liv. 4. lettre T. tit. 5. Article II.

(b) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 5. sect. 3. n. 1564. & suivans.

Rolle de Lyon, qui conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Bignon, a ordonné l'exécution d'un Testament fait en Pays de Droit écrit, par une femme qui avoit disposé de deux maisons de valeur de 1500 liv. ou environ, au profit des Religieuses de Sainte Catherine de Sienne. La Cour n'eut aucun égard aux moyens des enfans de la Testatrice, qui alléguoient entr'autres choses que le Testament ne lui avoit point été lû & relû.

Néanmoins comme cette lecture, jusqu'à présent regardée en Pays de Droit écrit comme formalité surabondante, est peut-être une des plus nécessaires, non seulement pour faire agir le Testateur avec maturité & réflexion, mais encore pour assurer à la postérité l'inaltération de sa volonté, l'Ordonnance en a fait une Loi expresse, à laquelle il n'est plus à présent permis de se refuser nonobstant la Jurisprudence contraire.

De laquelle lecture il sera fait mention par ledit Notaire ou Tabellion.

En général, tout Acte assujetti à une forme dont dépend sa validité, doit contenir la preuve que cette forme a été remplie, pour pouvoir être exécuté. Autrement on coureroit toujours le risque de faire valoir un Acte informe, comme s'il étoit régulier. Ainsi la mention de la lecture qu'exige cet Article dans le corps de l'Acte même, est d'une nécessité si absolue, que la preuve testimoniale ne pourroit y suppléer, sur-tout depuis la

prohibition contenue en l'Ordonnance de 1667. (a) par laquelle il eſt défendu de recevoir aucune preuve par Témoins, non-ſeulement *contre*, mais encore *outre le contenu aux Actes.*

Et le Teſtament ſera ſigné par le Teſtateur, enſemble par le Notaire ou Tabellion & par les autres Témoins.

La Loi *hâc Conſultiſſimâ C. de Teſtam.* exige néceſſairement la ſignature des Témoins, ainſi que notre Ordonnance. *Subſcriptiones autem Teſtatoris & Teſtium ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur.* Il falloit même encore, ſuivant l'avis de la plupart des Docteurs, dans l'ancien uſage, que chaque Témoin écrivit de ſa main qu'il avoit ſouſcrit le Teſtament d'un tel, à peu près en cette forme; *Ego Joannes Petri Teſtamentum ſubſcripſi*, & ce conformément à la Loi, *ſingulos 30. de Teſtam.* dont voici les termes: *ſingulos teſtes, qui teſtamento adhibentur, proprio chirographo annotare convenit, quis & cujus Teſtamentum ſignaverit*; ce qui ne pouvoit avoir lieu que dans les Teſtamens faits, avant l'Ordonnance, ſous ſignatures particuliéres du Teſtateur & des Témoins; parce qu'en ce cas, chaque perſonne doit faire foi qu'il a ſatisfait à la fonction pour laquelle il a été appellé. Mais comme les Teſtamens poſtérieurs à l'Ordonnance ont dû, d'après cet Article, être faits en préſence d'une perſonne publique qui pût faire foi pour

(a) Ordonnance de 1667. tit. 20. Art. II.

tous de la maniére dont les choſes ſe ſont paſſées par forme de procès-verbal, il ſuffit qu'il parle ſeul dans l'Acte, & que les autres Témoins le ſouſcrivent.

L'Ordonnance, en exigeant la ſignature du Teſtateur & des Témoins, ne fait que confirmer, à l'égard des Teſtamens, ce qui avoit déja été ſtatué par les anciennes Ordonnances à l'égard de tous les Contrats en général. L'Ordonnance d'Orléans (*a*) porte : *Seront tenus les Notaires de faire ſigner aux parties & aux Témoins inſtrumentaires, (s'ils ſçavent ſigner,) tous Actes & Contrats qu'ils recevront, dont ils feront expreſſe mention, à peine de nullité deſdits Contrats & Actes, & d'amende arbitraire.* L'Ordonnance de Blois (*b*) s'explique preſqu'en même termes. *Tous Notaires ou Tabellions*, (y eſt-il dit,) *tant Royaux qu'autres, ſoit en Pays Coutumier ou de Droit écrit, feront tenus faire ſigner aux Parties & aux Témoins inſtrumentaires, s'ils ſçavent ſigner, tous Contrats & Actes, ſoit de Teſtamens ou autres qu'ils recevront, dont ils feront mention tant en la minutte que groſſe qu'ils en délivreront, à peine de nullité deſdits Contrats, Teſtamens ou Actes, & d'amende arbitraire.*

Quelques précises que ſoient les diſpoſitions de ces Ordonnances, tant pour le Pays Coutumier que pour celui de Droit écrit, elles ont pourtant trouvé de la réſiſtance, ſur-tout au Parlement de Toulouſe, lequel, quoique dans l'uſage de faire rédiger par écrit les Teſtamens Nuncupatifs ſur les Regiſtres des Notaires

[*a*] Ordonnance d'Orléans, Article LXXXIV.
[*b*] Ordonnance de Blois, Article CLXV.

Royaux, n'a pas cru que le défaut de ſignature des Teſtateurs & des Témoins y fut d'une grande conſidération ; d'autant qu'on y penſoit que l'écriture n'y étoit pas employée en cette occaſion pour la ſolemnité, mais pour la preuve de l'Acte, & pour exempter les héritiers inſtitués & les légataires de la peine qui ſe rencontre à faire oüir les Témoins après la mort des Teſtateurs. C'eſt ce que M. d'Olive, (*a*) auſſi bien que M. de Cambolas confirment par divers Arrêts de ce Parlement,

Boniface rapporte auſſi un Arrêt du 5 Février 1654. qui prouve que le Parlement de Provence n'a pas été plus exact obſervateur de l'Ordonnance à cet égard (*b*).

Mais on a été plus ſcrupuleux ſur ce point au Parlement de Paris (*c*).

Le tout de ſuite & ſans divertir à autres Actes.

Toutes les Loix ſur cette matiére nous annoncent, comme une formalité eſſentielle, la néceſſité de faire le Teſtament, *uno contextu*, ſans aucun intervale & ſans vacquer par le Teſtateur & les Témoins à d'autres affaires. La Loi *hâc Conſultiſſimâ. Cod. qui Teſtam. fac. poſſ. & de Teſtamentis*, a confirmé & réïtéré ſur cela les diſpoſitions des Loix précédentes. Mais quelques Juriſconſultes avoient prétendu pouſſer la rigueur de cette Loi juſ-

[*a*] D'Olive, queſt. de droit, liv. 5. Chap. 5. Cambolas, liv. 2. Chap. 44.
[*b*] Boniface, Tome 2 page 10.
[*c*] Henrys, Tome 2. liv. 5. queſtion 10.

qu'à ne vouloir pas qu'il fut permis au Testateur & aux Témoins de vacquer, pendant les solemnités des Testamens, aux nécessités les plus pressantes. L'Empereur Justinien, dans la Loi *Cum Antiquitas*, 28. *Cod de Testam.* a réduit les choses dans des bornes raisonnables, en voulant que le Testament ne puisse être argué de nullité, quoique les solemnités en soient interrompues par des actions qui ne pouvoient être omises, sans interresser la santé du Testateur ou des Témoins. Or comme notre Ordonnance ne fait que confirmer la Loi *hâc Consultissimâ*, on ne doute point qu'elle ne souffre la même exception.

Et en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Cette derniere disposition de notre Article est conforme aux Ordonnances d'Orléans & de Blois : dans l'Article LXXXIV. de l'Ordonnance d'Orléans, déja cité, il est dit, qu'*au cas que les Parties ou témoins ne sçauront point signer, les Notaires ou Tabellions feront mention de la réquisition par eux faite aux Parties ou Témoins de signer, & de leur réponse qu'ils ne sçavent signer.* Dans l'Article CLXV. de l'Ordonnance de Blois, ce sont précisément les même termes répetés.

Mais ce qu'il faut soigneusement remarquer, c'est que notre Ordonnance ne dit pas, à l'*instar* de celles d'Orléans & de Blois, que si le Testateur & les Témoins ne sçavent signer, il en sera fait mention ; elle ne parle

que du Testateur seul & nullement des Témoins. La cause de cette différence se trouvera développée dans les Articles XLIV. & XLV. qui suivent, où l'on verra qu'on ne doit admettre pour Témoins dans les Testamens que gens qui sçachent signer, si ce n'est dans deux cas. 1°. Dans les Testamens militaires & dans ceux faits en tems de peste: & la raison en est palpable. Il n'y a personne qui ne sente que dans ces deux rencontres on ne peut pas choisir les Témoins, & qu'il faut nécessairement se servir de ceux qui se trouvent. 2°. Lorsque le Testament est fait autre part que dans des Villes ou Bourgs fermés, & que le nombre de deux Témoins n'est pas suffisant pour sa solemnité, comme dans l'espéce présente : encore en ce cas faut-il qu'il y en ait au moins deux qui sçachent signer.

ARTICLE VI.

Il suffira que les Témoins qui assisteront au Testament Nuncupatif écrit, y ayent été presens tous ensemble, sans qu'il soit nécessaire de faire mention qu'ils ayent été priés & convoqués à cet effet; ce qui aura lieu pareillement à l'égard de tous les Testamens & autres Actes de derniere volonté, où la presence des Témoins est nécessaire.

Il ſuffira que les Témoins qui aſſiſteront au Teſtament Nuncupatif écrit, y ayent été préſens tous enſemble, ſans qu'il ſoit néceſſaire de faire mention qu'ils ayent été priés & convoqués à cet effet.

La Loi *hâc Conſultiſſimâ* ne ſe contentoit pas que les Témoins aſſiſtaſſent & fuſſent préſens tous enſemble ; elle vouloit encore qu'ils euſſent été priés & convoqués exprès. *Sint Teſtes Rogati.*

Notre Ordonnance ſupprime avec juſtice cette formalité comme inutile & ſuperflue. Qu'importe en effet que les Témoins ayent été priés ou non, pourvû qu'ils ayent prêté librement leur miniſtére ? Dans cette ſuppreſſion l'Ordonnance s'eſt même conformée à une autre Loi, qui décide formellement qu'il n'eſt pas néceſſaire que les Témoins ayent été mandés exprès, pourvû qu'avant que de procéder au Teſtament on leur faſſe entendre qu'ils y vont être employés comme témoins, c'eſt la Loi *Hæredes Palam* §. *in Teſtamentis Dig. de Teſtam*, où cette maxime, *ſint Teſtes Rogati* eſt ainſi expliquée: *quod ſic accipiendum ut licet ad aliam rem ſint rogati, vel collecti, ſi tamen ante teſtimonium certiorentur ad Teſtamentum ſe eſſe adhibitos, poſſunt teſtimonium ſuum recte perhibere.*

Ce qui aura lieu pareillement à l'égard de tous les Teſtamens & autres Actes

de derniere volonté où la présence des Témoins est nécessaire.

C'est-à-dire que le Prince veut bien aussi affranchir de la formalité de la convocation expresse des Témoins, les Testamens mystiques, les partages entre enfans, les Codiciles, les Testamens des Pays coutumiers, les Testamens militaires & faits en tems de peste, en un mot, (comme le porte l'Article,) toutes les dispositions de derniere volonté *où la présence des Témoins est nécessaire.*

Article VII.

Si le Testateur est aveugle, ou si dans le tems du Testament il n'a pas l'usage de la vûe, il sera appellé un Témoin outre le nombre porté par l'Article V, lequel signera le Testament avec les autres Témoins.

Si le Testateur est aveugle où si dans le tems du Testament il n'a pas l'usage de la vue.

Comme les personnes privées de l'usage de la vûe sont plus exposées à être trompées que d'autres, les Loix ont toujours ajouté, en leur faveur, quelques formalités de surcroit

pour rendre la preuve de leurs dernieres volontés, plus certaine & plus complette. Au reste, il n'est pas nécessaire pour cela, que le Testateur soit absolument aveugle ; pourvû qu'il n'ait pas l'usage de la vûe lors du Testament, quand bien même son indisposition ne seroit que momentanée, il est astreint aux mêmes formalités, attendu que la raison est la même dans l'un & l'autre cas.

Il sera appellé un Témoin outre le nombre porté par l'Article V. lequel signera le Testament avec les autres Témoins.

La Loi *hâc consultissimâ* dont on a déja tant parlé, & qui est le siége de la matiere, ordonne qu'un homme aveugle ne pourra faire qu'un Testament nuncupatif, en présence de sept témoins & d'un Notaire qui redigera son Testament par écrit ; & au cas qu'il n'y ait point de Notaire, la même Loi veut, qu'il fasse venir en sa place un huitiéme témoin, & que tous les témoins souscrivent au Testament.

L'Ordonnance a suivi l'esprit & la disposition de cette Loi, quoiqu'elle n'ait point admis la même alternative de prendre pour huitiéme témoin, ou un Tabellion ou un particulier. Et en effet la Loi dont il s'agit, ne donne cette alternative, que parce que dans les Testamens nuncupatifs écrits ordinaires, les Loix Romaines n'assujettissoient point à se servir du ministere d'une personne publique. Mais notre Ordonnance ayant jugé à

propos, de donner force de Loi à l'uſage qui s'étoit introduit en Pays de Droit écrit de faire, pour plus grande ſureté, les Teſtamens nuncupatifs écrits devant un Notaire en préſence de ſept témoins, elle s'eſt contentée, en confirmant la diſpoſition générale pour les Teſtamens de ceux qui ſont privés de la vûe, d'ordonner en outre, qu'on y appellera un huitiéme témoin, qui ſignera avec les autres le Teſtament. Ce qui eſt conforme à un Arrêt du Parlement de Provence du 7 Décembre 1655. (*a*)

ARTICLE VIII.

Si le Teſtateur ne peut parler, ſoit par un défaut naturel ou autrement, il ne pourra faire de diſpoſition à cauſe de mort, que dans la forme portée par les Articles IX. & XII. cy-après.

Ceux qui ne peuvent parler, ne peuvent faire de Teſtament nuncupatif. Car qui dit Teſtament nuncupatif, dit Teſtament *prononcé & articulé* par le Teſtateur, ce qui ne peut être exécuté par celui qui n'a point l'uſage de la parole.

La maniere dont ces ſortes de perſonnes peuvent faire un Teſtament, eſt expliquée dans les Articles IX. & XII. qui ſuivent.

(*a*) Boniface, Tome II, page 9.

ARTICLE IX.

Lorsque le Testateur voudra faire le Testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre; & sera le papier qui contiendra lesdites dispositions, ensemble le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos & scellé avec les précautions en tel cas requises & accoutumées: le Testateur presentera ledit papier, ainsi clos & scellé, à sept Témoins au moins, y compris le Notaire, ou Tabellion, ou il le fera clore & sceller en leur présence, & il déclarera que le contenu audit papier est son Testament écrit & signé de lui, ou écrit par un autre & signé de lui: ledit Notaire ou Tabellion en dressera l'Acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier ou sur la feuille qu

ſervira d'envéloppe ; & ſera ledit Acte ſigné, tant par le Teſtateur, que par le Notaire ou Tabellion, enſemble par les autres Témoins, ſans qu'il ſoit neceſſaire d'y appoſer le ſceau deſdits Temoins. Tout ce que deſſus ſera fait de ſuite & ſans divertir à autres Actes ; Et en cas que le Teſtateur, par un empêchement ſurvenu depuis la ſignature du Teſtament, ne puiſſe ſigner l'Acte de ſuſcription, il ſera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, ſans qu'il ſoit beſoin en ce cas d'augmenter le nombre des Témoins.

Lorſque le Teſtateur voudra faire le Teſtament myſtique ou ſecret, il ſera tenu de ſigner ſes diſpoſitions, ſoit qu'il les ait écrites lui même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre.

L'Ordonnance n'aſſujettit point le Teſta-

teur, à écrire toutes les diſpoſitions du Teſtament myſtique. Elle lui laiſſe le choix, ou de l'écrire en entier, ou de le faire écrire par un autre. Mais dans ce dernier cas, elle exige ſa ſignature, comme néceſſaire pour atteſter & rendre conſtantes des diſpoſitions qui n'ont que lui pour témoin.

La même Ordonnance permet pourtant à ceux qui ne ſçavent pas écrire, de faire auſſi un Teſtament myſtique ou ſecret; mais pour ſuppléer au défaut de ſignature du Teſtateur, elle preſcrit d'autres formalités détaillées dans l'Article ſuivant.

Et ſera le papier qui contiendra leſdites diſpoſitions, enſemble le papier qui ſervira d'enveloppe, s'il y en a une, clos & ſcellé avec les précautions en tel cas requiſes & accoutumées.

Suivant le droit établi par le Digeſte, il étoit néceſſaire que le Teſtament myſtique fut enveloppé trois ou quatre fois d'un lin, & c'étoit ſur ce lin qui enveloppoit le Teſtament, que les ſceaux étoient appoſés. (*a*)

La Loi *hâc conſultiſſimâ* a conſervé cette formalité, en laiſſant toutefois au Teſtateur, la liberte d'envelopper le Teſtament, comme il le jugeroit à propos. *Sancimus*, porte cette Loi, *licere per ſcripturam conficientibus Teſtamentum, ſi nullum ſcire volunt ea quæ in eo ſcripta ſunt, conſignatam vel ligatam, vel tan-*

[*a*] *Leg. ad Teſtium.* 22 parag *ult. D. de Teſtam. Et Leg.* 1. parag. *ult D. de bonore poſſ. ſecund. tab.*

un

tum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius Testatoris, vel cujus libet alterius manu conscriptam, eamque, rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus omnibus, simul offerre signandam & subscribendam.

L'Ordonnance n'a pas suivi à la lettre la disposition de la Loi *hâc consultissimâ*, qui laisse au Testateur la liberté, ou de sceller ou de lier le Testament mystique *consignatam vel ligatam*; ou simplement de le plier & de l'envelopper, *vel tantum clausam involutamque proferre scipturam.* Elle veut au contraire, que le Testament soit non-seulement *clos*, mais encore *scellé* & *cacheté*, & même l'enveloppe, s'il y en a une, pour en assurer davantage le secret.

Le Testateur présentera ledit papier ainsi clos & scellé, à sept Témoins au moins, y compris le Notaire ou Tabellion, ou il le fera clore & sceller en leur présence.

Cette disposition est tirée de la Loi *hâc consultissimâ Cod. Qui Testam. fac. poss. & de* Tes*tamentis*, qui enjoint au Testateur de présenter son Testament clos & scellé à sept témoins; *consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam eamque testibus septem numero... simul offerre signandam & suscribendam.*

Ulpien (a) décrit la formule dont le Testa-

[a] Ulpien tit. 20. *de Test.*

teur se servoit, en présentant son Testament aux témoins, de cette sorte. *Tabulas Testamenti Testator tenens ita dicit hæc; uti his tabulis cartisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, ita, vos Quirites, testimonium præbitote.* Justinien parle de cette formule dans la Novelle XIX. où il dit, *veteres Testamenta scripta testibus offerebant, & eos clausarum tabularum perhibere testimonium postulabant.*

Et il déclarera que le contenu audit papier est son Testament écrit & signé de lui, ou écrit par un autre & signé de lui.

Notre Ordonnance est encore conforme en cela à la Loi *hâc consultissimâ* qui exige aussi, que le Testateur déclare aux témoins, que ce qu'il leur présente est son Testament. *Dum tamen*, dit cette Loi, *testibus presentibus Testator suum esse Testamentum dixerit quod offertur.*

Ledit Notaire en dressera l'Acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; & sera ledit Acte signé, tant par le Testateur, que par le Notaire ou Tabellion, ensemble par les autres Témoins.

L'Acte de suscription, comme le prouvent les propres termes de l'Ordonnance, n'est au-

tre chose, qu'une mention faite par le Notaire sur le dos du Testament ou sur l'enveloppe, qu'un tel jour en présence de tels & tels témoins, le Testateur a présenté un papier plié & cacheté, qu'il a dit être son Testament qu'il a écrit ou fait écrire & signé ; de laquelle déclaration, le Testateur a requis Acte au Notaire & aux témoins, & les a prié d'en porter témoignage, & à cet effet de signer l'Acte, ce qu'ils ont fait avec le Testateur & le Notaire. Voilà à peu près la forme de cet Acte.

Sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun desdits Témoins.

Si nous observions à la lettre les dispositions des Loix Romaines, rien ne seroit plus nécessaire à la validité d'un Testament, que l'apposition des sceaux des témoins.

Cette formalité, si exactement recommandée par la suite, n'étoit pourtant point en usage dans l'ancien Droit, comme nous l'atteste Justinien. (*a*)

Mais les Edits des Préteurs ayant introduit cet usage, il devint d'une nécessité expresse & absolue. (*b*)

La Loi *hâc consultissimâ* n'a pas prescrit cette formalité de l'apposition des sceaux des témoins d'une maniere moins précise ; *finem autem Testamenti suscriptiones & signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem à testibus ac non signatum testamentum pro infecto*

[*a*] *Instint. de Testam. Ord.*
[*b*] *Leg.* 21. *parag. si quis D. de Testam.*

haberi convenit, dit cette Loi §. *finem autem*.

Mais comme il a été permis ensuite à tous les témoins de se servir d'un même sceau, sans qu'il fut nécessaire même que ce sceau fut propre à aucun d'eux, cet usage d'apposition de sceaux, est devenu une formalité inutile pour la sûreté des Testamens, & c'est sans doute par cette raison, qu'il a été abrogé en ce Royaume, même dans les Provinces de Droit depuis très-long tems. *(a)*

On trouve au Journal des Audiences, *(b)* un Arrêt du 7 Septembre 1662. rendu sur Enquêtes, qui justifie que cet usage d'apposer des sceaux, est abrogé en Portugal.

Ricard *(c)* fait aussi mention d'un Arrêt rendu en sa présence, en la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 20 Juin 1659. confirmatif d'une Sentence des Requêtes de l'Hôtel, par laquelle un second Testament fait par le Chevalier de Ferieres en faveur de la Dame de Bar, a été déclaré bon & valable; en conséquence, il a été ordonné qu'il seroit exécuté au préjudice du premier, par lequel les freres du Testateur avoient été institués. Ceux qui avoient intérêt de faire tomber ce second Testament, employerent pour moyens entr'autres choses, que les sceaux des témoins n'y étoient apposés; & on n'y eut aucun égard.

[*a*] Papon en ses nottes, tit. des Testamens.
Thevenot même tit.
Henrys, Tome 2. liv. 5 quest. 39.
Bonvot *verb* Notaire, quest. 2. pag. 228.

[*b*] Journal des Audiences, Tome II. liv. 4. Chap. 49. de la nouvelle édition, & 67. de l'ancienne.

(*c*) Ricard des Donations Part. premiere Chap. 5. sect. 7. nomb. 1346.

Tout ce que dessus sera de suite & sans divertir à autres Actes.

On a fait voir l'importance & les motifs de cette disposition, ainsi que la maniére dont on doit l'entendre, sur l'Article V. précédent qui en contient une toute semblable.

Et en cas que le Testateur par un empêchement survenu depuis la signature du Testament ne puisse signer l'Acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin en ce cas d'augmenter le nombre de Témoins.

On peut appliquer à cette disposition, celle de la Loi 28. *Cod de Testam.* §. *cum autem*, qui veut que le Testateur soit dispensé de la suscription, pourvû que le corps du Testament soit entierement écrit de sa main, & qu'il l'ait ainsi déclaré. *Eandem Constitutionem*, dit cette Loi, *corrigentes sancimus, si quis suâ manu totum Testamentum vel Codicillum conscripserit, & hoc specialiter in scripturâ reposuerit, quod hæc manu suâ confecit, sufficiat ei totius Testamenti scriptura & non alia subscriptio requiratur, neque ab eo, neque pro se ab alio.*

Et en effet, si la Loi dispense le Testateur de signer le Testament même, ou de le faire signer par un autre en sa place, pourvû que le corps du Testament soit écrit de sa

main, & qu'il l'ait ainſi déclaré, à combien plus forte raiſon doit-on diſpenſer le Teſtateur de la formalité de faire ſigner l'Acte de ſuſcription par un huitiéme témoin en ſa place, lorſque le Teſtament même eſt ſigné de lui, & qu'il lui eſt ſurvenu quelque empêchement qui l'a mis hors d'état de ſigner l'Acte de ſuſcription. La déclaration qu'il fait alors en préſence du Notaire, eſt d'autant plus ſuffiſante, que les Notaires ont, ſuivant nos Ordonnances, un caractere pour rendre authentique tout ce qui ſe fait en leur préſence, même indépendamment de la ſignature des parties, pourvû qu'ils déclarent la cauſe pour laquelle ils n'ont pas ſigné.

ARTICLE X.

Si le Teſtateur ne ſçait ſigner ou s'il n'a pu le faire lorſqu'il a fait écrire ſes diſpoſitions, il ſera appellé à l'Acte de ſuſcription un Témoin outre le nombre porté par l'Article précedent, lequel ſignera ledit Acte avec les autres Témoins, & il y ſera fait mention de la cauſe pour laquelle ledit Témoin aura été appellé.

Cet Article eſt copié d'après la Loi *hâc conſultiſſimâ*, où on lit: *Quod ſi litteras Teſta-*

tor ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.

Il ne faut cependant pas oublier de remarquer la différence essentielle qui se rencontre entre cet Article, & la fin du précédent, où le Législateur se contente d'ordonner la mention dans l'Acte de suscription que le Testateur a déclaré ne pouvoir signer, lorsque le Testament est signé de lui, sans qu'il soit nécessaire de faire signer l'Acte de suscription par un autre en sa place. Mais ici, où il s'agit d'un Testament qui n'est ni écrit ni signé du Testateur, le Législateur n'a eu garde de diminuer aucunes des précautions établies par la Loi *hâc consultissimâ*, pour assurer l'autenticité de ses dispositions. Au contraire, il a même été ajouté à la Loi, en ce que l'Ordonnance ne prescrit pas seulement de faire signer un huitiéme témoin, en la place du Testateur qui n'a ni écrit ni signé le Testament, mais elle veut encore qu'il soit fait mention de la cause pour laquelle le témoin aura été appellé.

ARTICLE XI.

Ceux qui ne sçavent ou ne peuvent lire ne pourront faire de disposition dans la forme du Testament mystique.

La prohibition contenue en cet Article regarde deux sortes de personnes, 1°. *Ceux qui*

ne sçavent lire, comme les rustiques. 2°. *Ceux qui ne peuvent lire*, comme les aveugles.

Il n'a jamais été douteux dans la Jurisprudence, que les aveugles ne peuvent tester dans la forme du Testament mystique. Car, comme il n'y a que celui qui écrit le Testament mystique qui en sçache le contenu, les témoins n'assistant qu'à l'Acte de suscription, il eut été trop dangereux de leur laisser la liberté de disposer de leur bien, par une voye selon laquelle il eut été si facile de les surprendre. C'est pourquoi la Loi *hâc consultissimâ* a établi une espece de Testament particuliere en leur faveur, qui a été adoptée par l'Article VII. de l'Ordonnance.

Mais à l'égard de ceux qui ne sçavent pas lire, quelques Docteurs ont prétendu qu'ils pouvoient faire un Testament mystique, en ajoutant à l'Acte de subscription, un témoin qui signât en leur place; & ils se sont fondés sur ces termes de la Loi *hâc consultissimâ*: *quod si litteras Testator ignoret*, qu'ils ont entendu, tant de ceux qui ne sçavoient point écrire, que de ceux qui ne sçavoient point lire.

Cependant les meilleurs Auteurs, (dont l'Ordonnance a confirmé l'opinion,) ont pensé que ce texte *si litteras Testator ignoret*, devoit s'entendre seulement de ceux qui ne sçavoient point écrire, mais qui sçachant lire, étoient capables de voir par eux-mêmes, si celui de qui ils se servoient pour écrire leurs volontés, étoit exact ou non. Mais à l'égard de ceux qui ne sçavent ni écrire ni lire, ils ont crû qu'ils étoient exposés aux mêmes inconvéniens que les aveugles, par rapport aux Testamens mystiques, & que par conséquent ils

ils devoient être sujets aux mêmes Loix. On ne peut rien ajouter à ce que dit Ricard sur ce sujet. (*a*)

Henrys (*b*) est aussi entré dans le même sentiment que M. Cambolas, qui après avoir agité la question dit, que la commune façon de juger au Parlement de Toulouse dans le tems qu'il a écrit, étoit que le Testament clos fait par celui qui ne sçait ni lire ni écrire, n'étoit pas bon, & qu'il a été ainsi jugé par divers Arrêts. (*c*) On trouve même dans le Journal du Palais un Arrêt du Parlement de Toulouse du 29 Février 1672. qui a décidé qu'un Testament mystique fait par une femme qui ne sçavoit ni lire ni écrire, ne pouvoit être rectifié par un codicile, par lequel la Testatrice l'avoit confirmé, & avoit nommé tout haut pour héritier universel en présence de sept témoins & du Notaire, celui qui se trouvoit institué par le Testament.

Cependant Boniface (*d*) rapporte un Arrêt du Parlement de Provence rendu le 20 Décembre 1646. qui a jugé, que celui qui ne sçait ni lire ni écrire, peut faire un Testament secret, en appellant un huitiéme témoin outre le Notaire, qui écrive de sa main, que c'est l'intention du Testateur. Mais le même Auteur (*e*) dit ailleurs, que par Arrêt du 20 Février 1652. il a été jugé, que celui qui a

(*a*) Ricard des Donations part. premiere Chap. 5. sect. 5. nomb. 1474.

[*b*] Henrys, liv. 5. Chap. premier de son recueil d'Arrêts.

[*c*] Cambolas decis. notab. liv. 5. Chap. 16.

[*d*] Boniface Tom. 2. pag. 3.

[*e*] Idem page premiere.

la vûe si foible qu'il ne peut signer, quoiqu'il marche dans les rues, ne peut faire un Testament secret, & qu'il peut seulement déclarer sa volonté par maniere de nuncupation, en présence de sept témoins & d'un Tabellion ou huitiéme témoin.

ARTICLE XII.

En cas que le Testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il poura faire un Testament mystique, à la charge que ledit Testament sera entiérement écrit, datté & signé de sa main, qu'il le présentera au Notaire ou Tabellion, & aux autres Témoins, & qu'au haut de l'Acte de suscription, il écrira en leur présence que le papier qu'il présente est son Testament; après quoi ledit Notaire ou Tabellion écrira l'Acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le Testateur a écrit ces mots en présence dudit Notaire ou Tabellion & des Témoins

ſera au ſurplus obſervé tout ce qui eſt preſcrit par l'Article IX.

L'Ordonnance, qui ne permet pas dans l'Article 8. à ceux qui n'ont pas l'uſage de la parole ſoit naturellement ſoit accidentellement, de faire des Teſtamens nuncupatifs par les raiſons ci-devant expliquées, leur permet ici de faire des Teſtamens myſtiques, pourvû qu'ils ſçachent écrire. Mais elle ne ſe contente pas qu'ils ſoient ſeulement ſignés du Teſtateur ; elle veut encore qu'ils ſoient écrits entierement & dattés de lui, ſans qu'on puiſſe ſe ſervir d'une main étrangere : & ce, conformement à la Loi *diſertus* 10. *C. qui Teſtam. fac. poſſ.* Et comme ceux qui ne peuvent parler, ne peuvent conſéquemment faire entendre de bouche aux témoins le ſujet pour lequel ils les ont appellés, & que ce ſont leurs Teſtamens qu'ils leur préſentent ; pour ſuppléer à cette formalité, l'Ordonnance exige, qu'au haut de l'Acte de ſuſcription, ils écrivent en préſence du Notaire & des témoins, que *le papier qu'ils préſentent eſt leur Teſtament*, & que le Notaire faſſe mention dans l'Acte de ſuſcription, que le Teſtateur a écrit ces mots en ſa préſence & en celle des témoins. Elle les aſſujettit d'ailleurs à toutes les autres formalités preſcrites par l'Article IX. ci-deſſus détaillées.

De ce que ceux qui ne peuvent parler, peuvent diſpoſer ſeulement en la forme du Teſtament myſtique, lorſqu'ils ſçavent écrire, il ſuit que ceux qui ont cette infirmité, & qui avec cela ne ſçavent ou ne peuvent écri-

re, ſont dans une incapacité abſolue de diſpoſer de leurs biens par Teſtament en aucune forme. (*a*)

ARTICLE XIII.

N'entendons par les diſpoſitions des Articles V. & IX. déroger aux Statuts ou Coutumes obſervées dans les lieux régis par le Droit écrit, qui exigent un nombre de Témoins moindre que celui qui eſt porté auxdits Articles; à la charge néanmoins d'appeller un Témoin, outre le nombre requis par leſdites Coutumes ou Statuts dans les cas mentionnés aux Articles VII. & X.

N'entendons par les diſpoſitions des Articles V. & IX. déroger aux Statuts ou Coutumes obſervées dans les lieux régis par le Droit écrit, qui exigent un nombre de Témoins moindre que celui qui eſt porté auſdits Articles.

Il y a pluſieurs Statuts & Coutumes en vi-

[*a*] *Leg. jubemus 29. Cod. de Teſtam.*

gueur dans les Pays de Droit, qui exigent un moindre nombre de témoins que les Loix Romaines ; les uſages de Toulouſe rédigés par écrit ſous le titre de *Conſuetudines Toloſæ*, ſe contentent de quatre, de trois & même de deux témoins. C'eſt dans la troiſiéme partie, ſous le titre *de Teſtamentis*. En voici les termes : *Noverint preſentes pariter & futuri quod uſus & conſuetudo eſt Toloſæ, quod ultimum Teſtamentum conditum ab eo qui de jure teſtari valet, adhibitis duobus vel tribus teſtibus, vel quatuor vel amplius, preſente Capellano, vel ſub Capellano, vel etiam abſente ſeu etiam non vocato, valet & obtinet roboris firmitatem, tanquam ſi in numero teſtium eſſet juris ſolemnitas obſervata.*

Dans l'étendue du Parlement de Bordeaux, il y auſſi trois Coutumes qui n'exigent pas le même nombre de témoins, que le Droit Romain. La Coutume de Bayonne Article II. titre 11. porte : *Teſtament fait devant un Notaire public, par lui rédigé en écrit, & ſigné en préſence de deux témoins, eſt bon & valable, ſoit par maniere de Teſtament ſolemnel ou nuncupatif.* La Coutume du Pays de Labour (titre 11. Article V.) eſt ainſi conçue. *Teſtament, Codicile, ou derniere volonté, fait en preſence de quatre témoins, ou d'un Notaire & deux témoins, & en tems de mortalité en préſence de deux témoins, gens de foi & non ſuſpects, ſans autre ſolemnité, eſt bon & valable.*

Enfin, voici comme s'exprime la Coutume du Pays de Soule (tit. 26. Article V.) *Teſtament, codicile, ou autre darrere voluntat, fait en préſence de dus teſtimonis & dung Notari,*

& parelhement en présence deu Rector, ou Vicari deu loc & de dus testimonis est valable; le même Article ajoute ensuite, *& en cas de extrême necessitat, ont com nopot finar Notari, Rector, ne Vicari, Testament & darrere voluntat feit devant dus testimonis dignes de fe, est bon & valable, provedit que los deits testimonis fasse meter par ecrit la voluntat deu Testaire dedans trois jours prochans après lo décès deudit Testaire per man de Notari, & que los deis testimonis fassent lo repport & verissi quem mieyau sant sagrement, au vray la volontat deudit Testaire per davant lo deit Notari.* Ainsi aux termes de cette derniere Coutume, un Testament est bon & valable, pourvû qu'il soit fait en présence d'un Notaire, Curé, ou Vicaire, & de deux témoins. La présence d'une personne publique n'est pas même requise dans les cas d'extrême nécessité : deux témoins ordinaires suffisent ; mais à condition, que dans les trois jours du décès du Testateur, ils iront faire écrire chez un Notaire le Testament ou codicile, & qu'ils en certifieront la vérité.

Nous finirons par la Coutume d'Auvergne, d'autant qu'une partie de cette Province est régie par le Droit écrit, & que la Coutume elle-même en suit assez les principes. L'Article XLVIII. du titre 12. décide, que *les ordonnances & dispositions de derniere volonté ne seront point invalides, faute du nombre de témoins requis de droit, pourvû qu'il y en ait deux avec le Notaire, ou quatre témoins sans Notaire.*

A la charge néanmoins d'appeller un

Témoin outre le nombre réquis par lesdites Coutumes ou Statuts dans les cas mentionnés aux Articles VII. & X.

C'est dans le cas, où un aveugle fait un Testament nuncupatif ; & où une personne qui ne sçait ou ne peut signer, fait un Testament mystique ou secret. La raison de cette disposition est bien sensible. Si le Législateur a cru l'augmentation d'un témoin, dans ces deux cas, nécessaire, même en y admettant le nombre des témoins requis par les Loix Romaines, à combien plus forte raison doit-on faire cette augmentation, lorsque les Statuts ou Coutumes des lieux diminuent ce nombre ?

ARTICLE XIV.

La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des Codiciles, continuera d'être observée, & il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq Témoins, y compris le Notaire ou Tabellion. N'entendons pareillement déroger aux Statuts ou Coutumes qui exigent un moindre nombre de Témoins pour les Codiciles.

La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des Codiciles, continuera d'être observée, & il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq Témoins, y compris le Notaire ou Tabellion.

Comme les codiciles sont des Testamens moins parfaits & moins solemnels que les Testamens proprement dits, ils requierent aussi bien moins de formalités. Pour la validité d'un codicile, il a toujours suffi de déclarer sa volonté en présence de cinq témoins. Que ces témoins eussent été appellés exprès, ou qu'ils se fussent rencontrés par le seul effet du hazard, c'étoit une circonstance indifférente. On ne demandoit autre chose, sinon qu'ils fussent présents. Et comme le Droit Romain permettoit d'écrire ou de ne pas écrire les codiciles nuncupatifs, on exigeoit seulement la souscription des témoins, quand on les redigeoit par écrit. *In omni ultimâ voluntate, excepto Testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive inscriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur : testibus videlicet; quando inscriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.* (a)

Mais aujourd'hui qu'il ne peut plus y avoir de dispositions de derniere volonté nuncupatives proprement dites, & qu'elles doivent être toutes redigées par écrit, aux termes de l'Article premier de l'Ordonnance, la distinction de

[a] *Lege ult. Cod. de Codicil.*

la Loi n'a plus lieu ; les cinq témoins doivent ſigner le codicile qui doit toujours être rédigé par écrit : il paroît même par ces termes de l'Article préſent, *y compris le Notaire ou Tabellion*, que le Légiſlateur a entendu aſſujettir tous les codiciles, en Pays de Droit écrit, à être faits pardevant Notaires.

N'entendons pareillement déroger aux Statuts ou Coutumes qui exigent un moindre nombre de Témoins pour les Codiciles.

Les Statuts ou Coutumes, qui exigent un moindre nombre de témoins pour les codiciles que le Droit Romain, ont été cités ſur l'Article précédent : mais on n'y fait point, comme dans les Loix Romaines, une diſtinction entre les Teſtamens & les codiciles, pour l'augmentation ou la diminution du nombre des témoins ; celles-ci en effet veulent ſept témoins pour les Teſtamens, & ſeulement cinq pour les codiciles ; au lieu que les Statuts & Coutumes des Pays de Droit écrit qui ont admis quelque réduction, ont mis au même niveau les Teſtamens & les codiciles.

ARTICLE XV.

Le nombre des Témoins requis par les Art. V. VII. IX. & X. ne ſera pas néceſſaire pour la validité des Teſ-

tamens, Codiciles ou autres Actes de derniere volonté, faits entre enfans & descendans, dans les Pays qui sont régis par le Droit écrit; & il suffira que lesdits Testamens, Codiciles ou autres Actes, soient faits en présence de deux Notaires ou Tabellions, ou d'un Notaire & de deux Témoins.

Nous avons vû jusqu'à présent les deux genres de Testamens généraux autorisés par l'Ordonnance, en Pays de Droit écrit, qui sont le Testament nuncupatif écrit & le Testament mystique ou secret; & nous avons observé les formalités prescrites pour la validité de chacun d'eux. Mais outre ces deux especes de Testamens, l'Ordonnance en a adopté encore une troisiéme d'après les Loix Romaines; ce sont les Testamens, & autres Actes de derniere volonté, des peres entre leurs enfans & descendans. Ces Actes ont toujours paru mériter une considération particuliere, & cela avec d'autant plus de raison, qu'un pere est toujours présumé ne rien faire, qu'avec sagesse & mesure, lorsqu'il divise ses biens entre ses enfans. Il y a toujours lieu de croire, qu'il les leur dispense suivant qu'ils le méritent, & que l'état de sa famille le demande. C'est pourquoi les Législateurs Romains ont exempté cette sorte de Testament des formalités ordinaires; & ils ont seulement exigé

que le pere ſouſcrivit de ſa main le tems auquel le Teſtament avoit été fait, & le nom de ſes enfans ; comme auſſi, que les portions dans leſquelles chacun des enfans ſeroit inſtitué, fuſſent écrites en toutes lettres & non en chiffres. *Volumus ſi quis litteras ſciens inter ſuos liberos voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem ejus ſuſcriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina propriá manu, ad hoc; uncias in quibus ſcripſit eos hæredes non ſignis numerorum ſignificandas, ſed per totas litteras declarandas, ut undique claræ & indubitatæ conſiſtant.* (*a*)

Bien que cette Loi ſemble ne laiſſer aucun équivoque ; néanmoins quelques Docteurs accrédités, à la tête deſquels eſt Cujas, (*b*) ont prétendu que les Teſtamens des peres n'étoient différens des autres, qu'en ce que ceux des peres étoient bons ſans ſceau & ſans ſouſcription de témoins, mais que toutes les autres formalités y étoient néceſſaires, & particulierement la préſence des ſept témoins.

D'autres ont ſoutenu au contraire que pourvû que le Teſtament d'un pere fut revêtu des formalités preſcrites par la Novelle CVII. il devoit avoir une entiere exécution, quoiqu'il n'eut été fait en préſence d'aucuns témoins. (*c*) Automne (*d*) rapporte pluſieurs Arrêts qui prouvent que le Parlement de Guyen-

(*a*) *Nov.* 107. *Cap.* 1°.

(*b*) Cujas coment. ſur le Code *tit. de Teſtam.* & conſult. premiere.

(*a*) Faber Traité *de Error. Pragm. decad.* 55 & 56.

(*a*) Ricard des Donations, part. premiere Chap. 5. ſect. 4. nomb. 1453. & ſuivants.

(*d*) Automne ſur la Coutume de Bordeaux, Art. LIV.

ne a embraſſé ce dernier ſentiment. Mais MM. Maynard & de Cambolas (*a*) nous apprennent, que la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe étoit différente, & que dans les Teſtamens des peres entre leurs enfans, on requeroit du moins la préſence de deux témoins.

Notre Ordonnance commence par proſcrire l'opinion de Cujas, en déclarant que le nombre des témoins requis pour les Teſtamens & codiciles ordinaires, ne ſera pas néceſſaire pour la validité des Teſtamens codiciles & autres Actes de derniere volonté faits entre enfans & deſcendans. Enſuite elle déroge aux Loix Romaines, en ce qu'au lieu d'une maniere de teſter dans ces ſortes de cas, elle en admet deux. La premiere, eſt de faire ces Teſtamens en préſence de deux Notaires, ou d'un Notaire & de deux témoins : ce qui eſt la forme ordinaire preſcrite par les Ordonnances, pour les Actes ſolemnels de quelque nature qu'ils ſoient. La ſeconde eſt marquée dans l'Article ſuivant.

ARTICLE XVI.

Voulons pareillement que les Teſtamens, Codiciles ou autres diſpoſitions à cauſe de mort qui ſeront entiérement écrits, dattés & ſi-

(*a*) Maynard, liv. 5. Chap. 13. & liv. 8. Chap. 8. Cambolas, liv. 5. Chap. 29.

gnés de la main du Teſtateur ou de la Teſtatrice, ſoient valables dans leſdits Pays de Droit écrit, entre les enfans & deſcendans. Déclarons nuls tous ceux qui ne ſeroient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le préſent Article & par le precédent.

Voulons pareillement que les Teſtamens, Codiciles ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, qui ſeront entiérement écrits, dattés & ſignés de la main du Teſtateur ou de la Teſtatrice, ſoient valables dans leſdits Pays de Droit écrit entre les enfans & deſcendans.

Cette ſeconde maniere de diſpoſer en faveur de ſes enfans & deſcendans, eſt beaucoup plus conforme à la Novelle CVII. que la précédente. Il faut comme dans la Novelle, que l'Acte ſoit datté par le Teſtateur. Mais l'Ordonnance ne ſe contente pas, qu'il en écrive de ſa main les choſes les plus eſſentielles, comme le nom des enfans qu'il inſtitue héritiers, & les portions pour leſquelles ils ſont inſtitués ; elle exige, que le corps entier du Teſtament ſoit écrit, & enſuite ſigné par le Teſtateur, afin de rendre par ces précautions, ſa volonté plus conſtante & plus certaine,

Déclarons nuls tous ceux qui ne ſeroient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le préſent Article & par le précédent.

On tenoit, avant l'Ordonnance, dans les Pays de Droit écrit, qu'un Teſtament *inter liberos*, écrit & ſigné par le pere ſeul, ou par deux témoins, s'il étoit écrit de ſa main ſans en être ſigné, étoit bon & valable. Mais quoique la ſignature des témoins fut ſuperflue, lorſque le pere avoit ſigné, leur préſence y étoit cependant néceſſaire. (*a*) L'Ordonnance a changé cet uſage en deux points. 1°. Elle n'admet point l'équivalent de la ſignature de deux témoins, au défaut de celle du pere. 2°. Elle affranchit les peres de la formalité d'écrire, & de ſigner leurs diſpoſitions en préſence d'aucuns témoins : & elle leur laiſſe le choix outre cela, (s'ils ne veulent ou ne peuvent faire de diſpoſitions holographes) de ſe ſervir du miniſtere de deux Notaires, pour rendre leur volonté autentique, ou d'un Notaire & de deux témoins, comme le porte l'Article précédent. Avantage qu'on ne trouvoit point dans la Novelle CVII. aux termes de laquelle les peres ſeuls qui ſçavoient & pouvoient écrire, jouiſſoient des prérogatives accordées aux Teſtamens & codiciles *inter liberos*; puiſqu'il falloit, ſuivant cette Loi, que du moins la datte, le nom des héritiers & les portions héréditaires fuſſent écrits de la main du Teſtateur.

(*a*) La Peyrere let. T. n. 41. & 44.

ARTICLE XVII.

Les Actes de partage faits entre enfans & descendans, pour avoir lieu après la mort de ceux qui les font dans les pays où ces Actes sont en usage, ne seront valables s'ils ne sont pareillement revêtus d'une des formes portées par les deux Articles précedens; & seront en outre observées les autres formalités prescrites par les Loix, Coutumes ou Statuts qui autorisent lesdits Actes.

Les Actes de partage faits entre enfans & descendans, pour avoir lieu après la mort de ceux qui les font dans les pays ou ces Actes sont en usage, ne seront valables s'ils ne sont pareillement revêtus d'une des formes portées par les deux Articles précedens.

Comme les interprêtes du Droit ont toujours confondu les partages faits entre enfans & descendans, avec les Testamens *inter liberos*, l'Ordonnance les soumet les uns & les autres aux mêmes formalités. Et bien qu'à

proprement parler, ces ſortes d'Actes n'ayent le véritable caractere ni des Teſtamens ni des codiciles, & ne ſoient que des projets de partage des biens du Teſtateur après ſa mort, ils ont toujours été regardés avec une eſpece de vénération ; & les Loix ont aſſujetti les Juges à ſuivre ce que le pere, arbitre né de ſa famille, avoit témoigné devoir être fait touchant le partage de ſes biens après ſa mort entre ſes enfans. *Familiæ herciſcundæ judicio, auditum Judicem, ſequi voluntatem patris opportere, juris autoritate ſignificatur.*

Et ſeront en outre obſervées les autres formalités preſcrites par les Loix, Coutumes ou Statuts qui autoriſent leſdits Actes.

La Coutume de Bourgogne (*a*) eſt conforme à l'Article XV. en ce qu'elle permet au pere de faire des partages entre ſes enfans pardevant un Notaire & deux témoins. Mais quoiqu'elle autoriſe auſſi la forme preſcrite par l'Article XVI. & qu'elle approuve ces ſortes d'Actes, lorſqu'ils ſont entierement écrits & ſignés de la main du pere, elle veut que dans ce dernier cas, il ſoit tenu d'appeller un Notaire Royal & deux témoins, & de déclarer en leur préſence, que le contenu en l'Acte, eſt la diſpoſition & le partage de ſes biens entre ſes enfans ; laquelle déclaration doit être ſignée, tant par le Notaire que les témoins, & être miſes au pied ou au dos de l'Acte de partage

[*a*] Coutume de Bourgogne, chap. 7. Art. VIII.

tage

tage. La même Coutume exige encore pour la validité de cet Acte, une survie de 20 jours. La Coutume de Bourbonnois (a) admet de même, les partages des peres & meres entre leurs enfans, pourvû qu'ils survivent les 40 jours, & que ces Actes soient faits dans une des deux formes prescrites par les Articles XV. & XVI. de notre Ordonnance. La Coutume de Bretagne (b) ne permet ces sortes de partages, qu'entre Nobles, & elle veut qu'ils soient faits par le pere, de l'avis de quatre parens des enfans, sçavoir deux paternels & deux maternels. La Coutume d'Amiens, (c) celle de Peronne, (d) & celle de Nivernois, (e) parlent aussi des Actes de partage entre enfans, mais sans prescrire aucunes formalités pour leur confection.

ARTICLE XVIII.

Les dispositions qui seront faites au profit d'autres que desdits enfans & descendans, dans les Testamens & autres Actes mentionnés aux Art. XV. XVI. & XVII. seront regardées comme de nul effet, & ne seront exécutées que

[a] Coutume de Bourbonnois, Art. CCXVI.
[b] Coutume de Bretagne, Art. DLX.
[c] Coutume d'Amiens, Art. XLIX. & XCIV.
[d] Coutume de Peronne, Art. CVII.
[e] Coutume de Nivernois, Chap. 34. Art. XVII.

celles qui concerneront lesdits enfans & descendans.

Les interprêtes ont décidé, que non seulement les étrangers, mais encore les ascendans & la mere même du Testateur, ne pouvoient profiter d'un legs à eux fait dans un Testament *inter liberos*. C'est en particulier le sentiment du Président Faber. (a)

CHAPITRE SECOND

Des formalités Testamentaires en Pays Coutumier.

NOus ne connoissons en Pays Coutumier que deux sortes de Testamens, le Testament *Holographe* & le Testament *Solemnel.*

Quant au Testament *Holographe*, l'Article XIX. décide les Pays où il doit avoir lieu; l'Article XX. en prescrit la forme; & l'Article XXI. concerne ce que doivent faire ceux qui entrent en religion, pour la validité de leurs Testamens *Holographes*, & *Solemnels*. Enfin l'Ar-

[a] Faber, *Cod. de Testam. definit.* 27. Glos. 7.

ticle XXII. n'admet que ces deux ſortes de Teſtamens dans tout le Pays Coutumier.

L'Ordonnance paſſant enſuite aux formalités des Teſtamens *Solemnels*, les détaille dans l'Article XXIII. L'Article XXIV. admet, pour les recevoir, les Officiers de Juſtice dans les Coutumes où ils ſont en uſage de le faire. Enfin les Articles XXV. & XXVI. réglent les cas où les Curés & Deſſervans peuvent être les Miniſtres d'un Teſtament *Solemnel*, & ce qu'ils doivent faire après l'avoir reçu.

ARTICLE XIX.

L'uſage des Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions Holographes, continuera d'avoir lieu dans les Pays & dans les cas où ils ont été admis juſqu'à préſent.

Quoique les Teſtamens holographes ayent toujours été reçus avec une faveur extraordinaire en France, ils n'ont pourtant point été admis dans les Pays qui ſe régiſſent par le Droit écrit, ſi non dans ceux du reſſort du Parlement de Paris. (*a*)

[*a*] Henrys Tom. premier liv. 5. queſt 2.

Les autres Parlemens de Droit écrit, ne les ont autorisés que dans deux cas, sçavoir en faveur de la cause pie, & dans les Testamens des peres entre leurs enfans. (*a*)

Mais d'un autre côté, dans tout le Pays Coutumier, les Testamens holographes sont de droit commun; ils ont lieu non seulement dans les Coutumes qui n'en parlent pas, mais encore dans celles qui n'y sont pas directement contraires & qui ne les rejettent pas expressément; ainsi qu'il a été jugé par Arrêt donné en la Chambre de l'Edit le 30 Avril 1625. dans la Coutume d'Angoulême. Il y a été décidé, qu'un Testament holographe sans aucuns témoins, étoit bon & valable, bien qu'il soit dit par l'Article CXII. de cette Coutume, que *avant qu'un Testament soit réputé bon & valable, il faut qu'il soit écrit & signé en présence de deux témoins.*

ARTICLE XX.

Les Testamens, Codiciles & dispositions mentionnés dans l'Article précedent, seront entiérement écrits, dattés & signés de la main

(*a*) Boniface Tome 2. liv. premier tit. 3. chap. premier.
Mainard liv. 5. Chap. 15.
D'Olive, liv. 5. chap. 1. & 36.
Cambolas, liv. premier chap. 13.
Catelan, Tome premier liv. 2. chap. 37.
Despeisses, Tom. 2. pag. 62. & 64.
La Peyrere let. A. n. 44. 45. & 125.

de celui ou celle qui les aura faits.

L'Ordonnance exige trois conditions essentielles, pour la perfection des dispositions holographes : il faut 1°. qu'elles soient écrites entierement, 2°. signées, 3°. dattées de la main du Testateur.

Quant aux deux premieres conditions, elles sont prescrites par toutes les Coutumes qui ont admis les Testamens holographes.

Pour réputer un Testament solemnel, il est requis qu'il soit écrit & signé du Testateur : porte l'Article CCXCIX. de la Coutume de Paris.

Avant qu'un Testament soit réputé bon & valable, il faut qu'il soit écrit & signé de la main du Testateur, dit l'Article CCLXVIII. de la Coutume de Poitou.

Testament écrit & signé de la main du Testateur est bon & valable : Article CCCCXIII. de la Coutume de Normandie.

Si le Testament est fait durant la santé du Testateur, & auparavant la maladie dont il décede, il suffira & fera foi, s'il est écrit & signé de lui. Article DLXX. de la Coutume de Bretagne : & ainsi des autres, qui toutes s'accordent unanimement pour ordonner que le Testament holographe soit écrit & signé du Testateur. Mais aucune n'exige qu'il soit datté. C'est sans doute ce qui a occasionné jusqu'à présent, l'incertitude de la Jurisprudence sur la nécessité de la datte de ces sortes de dispositions. Nous aurons occasion de traiter cette matiere de datte *ex professo* sur l'Article XXXVIII. qui suit.

ARTICLE XXI.

Lorsque ceux ou celles qui auront fait des Testamens, Codiciles ou autres dispositions Holographes, voudront faire des vœux solemnels de Religion, ils seront tenus de reconnoître lesdits Actes pardevant Notaires avant que de fai- lesdits vœux; si non lesdits Testamens, Codiciles ou autres dispositions, demeureront nuls & de nul effet.

Rien n'est plus prudent & plus sage, que la précaution que prend ici la Loi, pour empêcher que ceux qui sont engagés en Religion, n'abusent des Testamens holographes. Car, comme ces sortes de dispositions sont susceptibles de toute sorte de datte, les Religieux profès conserveroient sans cela, même après leur mort civile, la faculté de disposer de leurs biens, pourvû qu'ils eussent le soin de donner à leurs Testamens holographes, une datte antérieure à leur profession. Mais le Législateur y a pourvû, en ordonnant, que ceux qui voudront entrer en Religion, seront tenus de reconnoître pardevant Notaires leurs dispositions holographes, avant que de faire leurs vœux. C'est en effet un moyen in-

faillible, pour connoître si ces dispositions ont été faites dans un tems prohibé.

ARTICLE XXII.

Dans tous les Pays où les formalités établies par le Droit écrit pour les dispositions de derniere volonté, ne sont point authorisées par les Loix, Statuts ou Coutumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puissent avoir lieu pour lesdites dispositions, sçavoir celle des Testamens, Codiciles, ou autres dispositions Holographes, suivant ce qui est porté à cet égard par les Articles précédens; & celle des Testamens, Codiciles, ou autres dispositions reçues par personnes publiques, selon ce qui sera prescrit ci-après. Abrogeons toutes autres formes de disposer à cause de mort dans lesdits Pays.

L'Ordonnance s'est conformée en ce point, à la disposition générale du Droit Coutumier, qui n'admet que deux sortes de Testamens,

le Teſtament holographe & le Teſtament ſolemnel ou reçu par perſonnes publiques ; ainſi elle n'a rien innové par rapport à preſque toutes les Coutumes, où ces deux eſpeces de Teſtamens ſont introduites par des diſpoſitions expreſſes. Mais comme il en eſt quelques-unes qui ne preſcrivent rien à cet égard, dorénavant elles ſe conformeront à l'eſprit univerſel des autres Coutumes qui admettent les deux eſpeces de Teſtament holographe & ſolemnel ; ſans qu'on puiſſe emprunter, dans ces Coutumes particulieres, les formalités du Droit écrit, ni même ſe contenter de celles du Droit Canon, comme il avoit été jugé juſqu'alors.

Article XXIII.

Les Teſtamens, Codiciles, & autres diſpoſitions de derniere volonté, qui ſe feront devant une perſonne publique, ſeront reçus par deux Notaires ou Tabellions, ou par un Notaire ou Tabellion, en préſence de deux Témoins, leſquels Notaires ou Tabellions, ou l'un d'eux écriront les dernieres volontés du Teſtateur, telles qu'il les dictera ; & lui en feront enſuite lecture ; de laquelle il ſera fait une

une mention expresse ; sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisement de ces termes, DICTÉ, NOMMÉ, LU, ET RELU, SANS SUGGESTION, *ou autres requis par les Coutumes ou Statuts ; après quoi ledit Testament, Codicile ou autre disposition de derniere volonté, sera signé par le Testateur, ensemble par les deux Notaires ou Tabellions, ou par le Notaire ou Tabellion & les deux témoins ; & en cas que le testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.*

Les Testamens, Codiciles, ou autres dispositions de derniere volonté, qui se feront devant une personne publique, seront reçus par deux Notaires ou Tabellions, ou par un Notaire ou Tabellion, en présence de deux Témoins.

Cette disposition est conforme à celles de presque toutes les Coutumes. C'est en particulier ce que porte la Coutume de Paris Article CCXXXIX.

Toutes les Coutumes cependant, ne don-

nent pas l'alternative de faire le Teſtament public devant deux Notaires, ou devant un Notaire & deux témoins. Celle de Bourgogne entr'autres, autoriſe les partages entre enfans, pourvû qu'ils ſoient paſſés pardevant un Notaire & deux témoins : & quoique dans les Contrats ordinaires, un Notaire équivale à deux témoins, il a été jugé qu'un partage de cette nature fait en Bourgogne pardevant deux Notaires étoit nul, par Arrêt du Parlement de Dijon, contre lequel lettres en forme de Requête civile ayant été obtenues & renvoyées au Parlement de Paris il y intervint un premier Arrêt, qui ordonn une Enquête par Turbes. Cette Enquête ayan été faite, Arrêt définitif en la Grand'Cham bre, au rapport de M. Gillot le 15. Jui 1602. qui a confirmé celui de Dijon. (*a*)

Ricard nous atteſte auſſi, avoir vu juger l même choſe par Arrêt intervenu en l'Audie ce de la Grand'Chambre le 31 Janvier 164 qui déclara nul un Teſtament fait en préſen de deux Notaires dans la Coutume de Senlis qui permet ſeulement de diſpoſer en préſen de trois témoins.

Mais depuis l'Ordonnance qui permet i diſtinctement de diſpoſer pardevant deux N tair s, ou un Notaire & deux témoins, l diſp ſitions contraires des Coutumes ſo abrogées à cet égard : & cette derniere L ſemble avoir confirmé en cela une Déclarati obtenue par les Notaires au Châtelet le Octobre 1561. vérifiée au Parlement le pr mier Décembre ſuivant, laquelle en interpr

(*a*) Choppin ſur Paris, liv. 2. tit. 4. nomb. 3.

tant l'Article LXXXIV. de l'Ordonnance d'Orléans, qui ordonne que tous Actes seront passés en présence d'un Notaire & de deux témoins, veut qu'un second Notaire équivale aux deux témoins.

Lesquels Notaires ou Tabellions, ou l'un d'eux écriront les dernieres volontés du Testateur, telles qu'il les dictera.

Quelques Auteurs ont cru, qu'un Testament écrit d'une main étrangere, hors la présence des Notaires, mais reconnu pardevant eux par le Testateur, étoit valable; & ils ont rapporté pour garants de leur opinion quelques Arrêts qu'ils prétendent y être favorables. Mais la plûpart des autres rejettent ce sentiment comme directement contraire à l'esprit & à la lettre de presque toutes les Coutumes.

Cependant parmi ces derniers, il s'en trouve qui pensent, que quoique les Notaires doivent être présens lorsque le Testament est dicté par le Testateur, il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit de la main d'un d'eux. C'est le sentiment particulier de Duplessis sur la Coutume de Paris. (a) *Car*, ajoute ce Jurisconsulte respectable, *le mot dicté aux Notaires, &c.* employé par la Coutume, *n'empêche point qu'en recevant la dictation, ils ne la fassent en même tems écrire par un autre, & de fait, si le*

(a) Duplessis sur Paris, des Testam. liv. 3. sect. 3. Article II.

mot dicté emportoit nécessité qu'ils écrivissent, il faudroit donc qu'ils écrivissent un même Testament tous les deux en même tems, ce qui ne se pratique pas. Le même Auteur fonde ce qu'il avance sur un Arrêt du 11 Août 1631. rapporté dans le premier Tome du Journal des Audiences. Ce sentiment est cependant proscrit par l'Ordonnance, qui veut que l'un des Notaires écrive les volontés du Testateur.

Enfin il ne faut pas perdre de vûe ces termes remarquables de l'Ordonnance, *telle qu'il les dictera*, ce qui exclut toute interprétation & changement de la part du Notaire qui est absolument astreint à écrire les choses telles qu'on les lui dicte.

Et lui en feront ensuite lecture, de laquelle il sera fait une mention expresse sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes DICTÉ, NOMMÉ, LU ET RELU SANS SUGGESTION, ou autres, requis par les Coutumes ou Statuts.

On se feroit fait scrupule, avant l'Ordonnance, de ne point observer avec une religieuse fidélité toutes les solemnités prescrites par chaque Coutume en particulier, & il n'étoit pas permis de suppléer à un mot par un autre, à moins qu'il ne fut absolument identique, & n'exprimât rigoureusement la même chose. Ainsi, par exemple, Mornac (*b*) rapporte

[*a*] Mornac *ad legem* 3. *Dig. de negot. gest.*

Arrêt d'Audience du 30 Décembre 1604. qui a déclaré valable un Teſtament, dans lequel il étoit fait mention ſeulement, qu'il avoit été *dicté*, & on y avoit obmis ce mot *nommé;* quoique la Coutume d'Orléans qui régiſſoit les parties, ordonnât, *que le Teſtament ſoit dicté & nommé par le Teſtateur, & à lui relû en préſence de ceux pardevant leſquels il eſt paſſé, & qu'il ſoit fait mention au Teſtament, qu'il a eté ainſi dicté nommé & relû.* (*a*) La raiſon de décider a été, que le mot *dicté* employé au Teſtament, contenoit en ſoi, tout ce que renfermoit cet autre *nomme;* perſonne ne pouvant *dicter*, qu'il ne *nomme* en même tems.

Mais quand on avoit ſubſtitué, aux mots conſacrés par la Coutume, d'autres qui n'avoient pas tout-à-fait la même force & la même énergie, la Juriſprudence ne s'eſt jamais relâchée de ſa rigueur, & n'a point épargné les Teſtamens où ce défaut s'eſt rencontré. L'Arrêt du 16 Février 1617. nous en donne un premier exemple dans la même Coutume d'Orléans. Au lieu de ces termes *dicté* & *nommé*, les Notaires s'étoient ſervis de ceux ci, *proféré par ſa propre bouche.* Mais le Parlement ne crût pas, que ces termes *proféré de ſa propre bouche*, équivaluſſent à ceux de *dicté* & *nommé.* C'eſt pourquoi le Teſtament fut déclaré nul.

Sur le même principe, eſt intervenu un autre Arrêt en l'Audience de la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 24 Juillet 1642. qui a déclaré nul un Teſtament, où l'on s'étoit ſervi du terme *ſans induction*, au lieu de celui *ſans*

(*a*) Coutume d'Orleans, Article CCXXCIX.

ſuggeſtion, déſiré par l'Article CCLXVIII. de la Coutume de Poitou, dans l'étendue de laquelle ce Teſtament avoit été paſſé ; & quoique dans un autre Teſtament de la même Coutume, on eut ajouté au terme de *ſans induction*, celui de *ni perſuaſion*, il a été jugé que ces deux termes réunis ne rendoient point encore celui de *ſans ſuggeſtion*. Ricard (*a*) atteſte avoir vu prononcer ce dernier Arrêt, en la Chambre de l'Edit le 4 Mai 1550. On trouve auſſi dans le Commentaire de Lelet ſur la Coutume de Poitou, (*b*) un Arrêt ſemblable du 14 Août 1629. qui a déclaré nul le Teſtament de Laurent de la Touche, dans lequel on avoit employé ces mots, *ſans induction ni perſuaſion*, au lieu de ceux, *ſans ſuggeſtion*, qu'exigeoit la Coutume.

Le Journal des Audiences nous fournit encore un autre Arrêt rendu dans la Coutume de Tours le 29. Janvier 1652. par lequel un ſemblable Teſtament a été déclaré nul, quoique le Teſtateur ſemblât s'être ſervi de termes à peu près équivalens à ceux que la Coutume preſcrit.

Cependant tout mûrement examiné, cette Juriſprudence ſi bien ſuivie, eſt moins fondée ſur les choſes que ſur les mots. Car quoiqu'on puiſſe dire avec quelques-uns, que ces termes conſacrés par les différentes Coutumes, ont eu pour but d'empêcher les fauſſes impreſſions & les ſuggeſtions auſquelles les dernieres volontés des hommes ſont ſouvent expoſées, & pour tendre en quelque ſorte des

(*a*) Ricard des Donations part. premiere Chap. 5. ſect 6

(*b*) Lelet ſur Poitou, Art. CCLXVIII.

piéges à ceux qui voudroient entreprendre par surprise de faire disposer quelqu'un contre son intention, l'expérience néanmoins ne nous apprend que trop tous les jours, qu'il arrive tout le contraire. Ceux qui veulent supposer un Testament à un autre, ou lui en extorquer un par surprise, sont ordinairement les plus vigilans à exécuter ce qui regarde la forme, avec la derniere exactitude; de sorte que ce Testament suggéré au fond, mais exactement régulier dans la forme, sera pleinement exécuté, tandis que la rigueur de la Loi & de la Jurisprudence tombera sur un Testateur de bonne foi, qui se reposant du soin de la forme sur le Notaire qu'il employe, lui dicte avec sécurité les dispositions les plus libres; lesquelles cependant n'auront point d'exécution, parce que par défaut de mémoire ou par impéritie, cet Officier ne se sera pas servi des termes de la Coutume.

C'est pourquoi l'Ordonnance a sagement supprimé la nécessité de se servir de ces termes qui pouvoient être de quelque utilité dans un siécle plus simple & moins rafiné que le nôtre, pour faire distinguer les véritables volontés des Testateurs, d'avec celles qui leur étoient suggérées, mais dont à présent les seuls gens de bonne foi sont les victimes; tout ce qui regarde la forme, dépendant moins du Testateur, que de celui qui reçoit le Testament.

Après quoi ledit Testament, Codicile, ou autre disposition de derniere volonté sera signé par le Testateur, ensem-

ble par les deux Notaires ou Tabellions, ou par le Notaire ou Tabellion & les deux témoins.

Ce n'est pas assez, pour rendre un Testament solemnel, qu'un Testateur ait dicté sa volonté en présence de deux Notaires, ou d'un Notaire & de deux témoins; que l'un des Notaires ait écrit les dispositions telles qu'elles lui ont été dictées, & qu'ensuite il ait relu au Testateur le Testament, afin qu'il ne s'y glisse aucune chose contre sa volonté. Il faut encore, que le Testateur ratifie cet Acte d'une maniere particuliére, & qu'il y mette en quelque sorte le dernier sceau par sa signature. C'étoit la disposition textuelle de l'Ordonnance d'Orléans Art. LXXXIV. & de celle de Blois Art. LXIX. & CLXXV. Cependant, quoique l'Ordonnance de Blois requit, que les Notaires déclarassent que le Testateur avoit signé, néanmoins il a toujours été jugé que lorsque le Testateur a signé le Testament, la déclaration du Notaire est inutile; l'effet étant plus fort que les paroles. La nouvelle Ordonnance y est conforme.

Elle requiert aussi, qu'à la signature du Testateur soit jointe celle des Notaires, ou du Notaire & des témoins. L'Ordonnance de Blois exigeoit à la vérité la signature des témoins, mais ne parloit point de celle des Notaires. On n'a cependant jamais révoqué en doute, que leur signature ne fut d'une nécessité absolue; mais quelques-uns prétendoient qu'elle n'étoit pas nécessaire dans l'instant du Testament, & qu'elle étoit toujours bonne,

pourvû qu'elle précédât la mort du Testateur. Pour fixér toutes les incertitudes à cet égard, est intervenu Arrêt de reglement le 18 Mars 1624. qui enjoint aux Notaires de signer les Testamens en présence des Testateurs, avant que de se transporter ailleurs.

L'Ordonnance a confirmé ce Reglement. Les termes dont elle se sert sont infiniment remarquables. *Après quoi ledit Testament sera signé par le Testateur, ensemble par les deux Notaires*; ce qui marque parfaitement une unité d'action entre la signature des Notaires, & celle du Testateur qu'elle doit accompagner immédiatement.

Et en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Cette disposition est exactement modelée sur celle des Ordonnances d'Orléans & de Blois; avec cette différence néanmoins, dont on a fait mention sur l'Article V. précédent, que notre Ordonnance ne dit pas, comme celles d'Orléans & de Blois *si le Testateur & les témoins ne peuvent ou ne sçavent signer, il en sera fait mention*, mais seulement *si le Testateur ne sçait signer*. On fera sentir incessamment l'importance de cette remarque.

ARTICLE XXIV.

N'entendons déroger aux Coutumes & Usages des Pays où les Offi-

ciers de Justice, y compris les Greffiers, ou les Officiers Municipaux, sont au nombre des personnes publiques qui peuvent recevoir des Testamens, ou autres dispositions à cause de mort; ce que nous voulons pareillement avoir lieu dans les Provinces régis par le Droit écrit où le même usage seroit établi.

La plûpart des Coutumes des Provinces de Picardie & Champagne autorisent les Officiers de Justice, même les Officiers municipaux y compris les Greffiers, à recevoir les Testamens. La Coutume de Laon en Vermandois l'exprime d'une maniere bien précise dans l'Article LVIII. *Avant qu'un Testament soit réputé solemnel*, (y est-il dit,) *est requis qu'il soit écrit & signé de la main du Testateur, ou passé pardevant deux Notaires, soit d'Eglise ou de Courlaye, ou pardevant un Notaire en présence de deux témoins, ou pardevant le Curé de la Paroisse du Testateur, ou son Vicaire général & deux témoins, ou du Maire, Bailli, Prévôt de la Justice ordinaire dudit lieu, ou du Greffier de ladite Justice, & l'un d'eux en présence de deux témoins*

La Coutume d'Amiens Article LV. celle de Rheims Article CCLXXXIX. celle de Saint-Quentin Article XXI. celle du Gouvernement de Péronne-Roye & Mont-Didier

Article CLXII. celle de Châlons ſur Marne Article LXVII. & pluſieurs autres ont les mêmes diſpoſitions à l'égard des Officiers de Juſtice & municipaux.

ARTICLE XXV.

Les Curés ſéculiers ou réguliers, pourront recevoir des teſtamens ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, dans l'étendue de leurs Paroiſſes, & ce, ſeulement dans les lieux où les Coutumes ou Statuts les y authoriſent expreſſément, & en y appellant avec eux deux témoins; ce qui ſera pareillement permis aux Prêtres ſéculiers prépoſés par l'Evêque à la deſſerte des Cures, pendant qu'ils les deſſerviront, ſans que les Vicaires, ni aucunes autres perſonnes Eccleſiaſtiques puiſſent recevoir des teſtamens ou autres dernieres diſpoſitions. N'entendons rien innover aux reglemens & aux uſages obſervés dans quelques Hôpitaux par rapport à ceux qui peuvent y

recevoir des testamens ou d'autres dispositions à cause de mort.

Les Curés séculiers ou réguliers, pourront recevoir des Testamens dans l'étendue de leur Paroisse, en y appellant avec eux deux témoins.

Le droit, confirmé ici aux Curés, de recevoir comme personnes publiques les Testamens à l'*instar* des Notaires, leur est dévolu par la disposition textuelle & unanime de la plus grande partie des Coutumes, & singulierement par celle de Paris Art. CCLXXXIX. L'Ordonnance étend ce droit aux Curés réguliers aussi bien qu'aux séculiers. Car quoiqu'en général les réguliers soient morts civilement par état, & par conséquent dans une incapacité active & passive de tous les Actes de la Société Civile ; cependant les meilleurs Auteurs ont toujours pensé, que lorsqu'ils étoient faits Curés, cette nouvelle qualité les rendoit habiles à recevoir les Testamens comme les autres Curés. Les Loix de l'Etat souffrant qu'ils possédent des bénéfices, ils doivent être admis à faire toutes les fonctions qui en dépendent.

Mais les Curés, quels qu'ils soient, sont exactement resserrés & circonscrits dans les limites de leur Paroisse, parce que, hors de ces bornes, ils n'ont plus de qualité.

Le Curé n'est point obligé d'appeller avec lui plus de témoins que le Notaire. Deux lui suffisent comme à ce dernier pour rendre au-

tentiques les diſpoſitions qu'il reçoit. Néanmoins, ſuivant la Coutume de Paris, le Curé étoit obligé d'en appeller trois. Mais il reſte ſur ce point une difficulté très-importante, qui eſt de ſçavoir, ſi le ſeul Curé joint au Notaire qui reçoit le Teſtament, ſuffit pour aſſurer la vérité du Teſtament. Il eſt vrai que la Coutume de Paris ne laiſſe aucun doute ſur ce point. L'Article CCLXXXIX. qui eſt le ſiége de la matiere, y eſt précis. Mais l'Ordonnance ſemble y avoir dérogé tacitement, & il paroit qu'elle a voulu mettre de la différence en cela, entre les Notaires & les Curés. Car elle laiſſe l'alternative pour les Notaires, ou d'en prendre deux enſemble, ou un ſeulement & deux témoins; en quoi elle eſt conforme exactement à la Coutume de Paris. Mais quant aux Curés, elle dit ſeulement, qu'ils pourront recevoir des Teſtamens en préſence de deux témoins, ſans ajouter, comme a fait la Coutume de Paris, que quand ils aſſiſteront un Notaire, ils tiendront lieu de deux témoins. De ſorte que l'on ſeroit tenté de conclure, que dans ce dernier cas, où c'eſt le Notaire qui reçoit le Teſtament, le Curé n'y étant que comme témoin, ne peut ſuppléer ſeul au nombre de deux requis par l'Ordonnance.

Et ce ſeulement dans les lieux où les Coutumes, ou Statuts les y authoriſent expreſſément.

Les Curés tirent leur droit de recevoir des Teſtamens, du Droit Canon au Chapitre *Cum*

esses de Testam. conçu en ces termes. *Testamenta quæ Parochiani coram Præsbytero suo & tribus vel duabus aliis personis idoneis in extremâ fecerint volontate, firma decernimus permanere sub interminatione anathematis, prohibentes ne quis hujusmodi audeat rescindere Testamenta.* On sent que dans l'exacte regle, ce décret canonique ne fait point une loi parmi nous en matieres civiles, comme est sans contredit celle des Testamens ; nous ne reconnoissons d'autre droit de rigueur, que les Ordonnances de nos Rois & nos Coutumes. Mais dans ces siecles ténébreux, où les Ecclésiastiques ont si fort anticipé sur la puissance temporelle, ils en ont fait une Loi, qui, depuis que leurs entreprises ont été reprimées, s'est convertie en usage. Ils avoient même alors poussé les choses jusqu'au point de ne pas permettre qu'il se fit aucun Testament sans leur participation. C'est ce qu'on voit dans un des Canons du Concile de Narbonne (tenu en l'année 1235. sous le Pape Grégoire IX. & le Roi Saint Louis) lequel après avoir enjoint aux Testateurs, d'appeller le Curé de la Paroisse ou un Prêtre commis en sa place, pour être présent à la confection de leur Testament, ajoute que les Testateurs qui y auront manqué, seront privés de la sépulture ecclésiastique, & que les Notaires qui auront reçu des Testamens sans y appeller le Curé, seront excomuniés. *Quod si Testator Presbyterum vocare contemnat, vel personam ecclesiasticam, ut supra dictum est, ecclesiasticâ careat sepulturâ, & Notariis qui absque dictâ solemnitate Testamenta aut ultimas voluntates receperint, ingressus in Ecclesiam impediatur.* Mais la trop grande autorité que les

Eccléſiaſtiques avoient uſurpée ſur la puiſſance temporelle, ayant été peu à peu reſſerrée dans de juſtes bornes, les Notaires ont été admis à recevoir des Teſtamens concurremment avec les Curés, & ſans être obligés de les appeller ; & c'eſt ſur ce pied que la plûpart des Coutumes ont été reformées. Cependant, comme il en eſt qui ne preſcrivent aucune forme particuliere pour les Teſtamens, on a toujours été dans un uſage conſtant juſqu'à l'Ordonnance, par rapport à ces Coutumes, de ſuivre la diſpoſition du Droit Canon. M. le Prêtre en ſes Queſtions de Droit Chapitre 76. rend témoignage que cette difficulté s'étant rencontrée au Parlement, & l'avis ayant été demandé aux Chambres, il fut rapporté que la pratique étoit en France de ſuivre pour les ſolemnités des Teſtamens, celles qui ſont preſcrites au Chapitre *cum eſſes de Teſtam.* C'eſt ce qui eſt encore atteſté par Me Charles du Moulin ſur l'Article XCVI. de la Coutume de Paris, *nombre 3.*

Néanmoins plus on conſidére de près cette pratique d'admettre les Curés à recevoir des Teſtamens, même dans les lieux où les Coutumes ne l'ordonnent pas, plus elle paroît n'avoir pour baze qu'une déciſion qui n'eſt pas reconnu pour loi en France dans ces ſortes de matiéres. Il étoit donc juſte de réformer cet uſage dans tous les lieux où il n'avoit pas été confirmé expreſſément par une autorité légitime. C'eſt pour cela que, ſuivant la nouvelle Ordonnance, les Curés ne pourront recevoir à l'avenir de Teſtamens que dans les lieux où ils ſont expreſſément authoriſés par les Coutumes ou Statuts. Ainſi dans les Cou-

tumes qui n'en parlent point, ils en ſont maintenant formellement exclus.

Ce qui ſera pareillement permis aux Prêtres ſeculiers, prépoſés par l'Evêque à la deſſerte des Cures, pendant qu'ils les deſſerviront.

Le droit de recevoir les Teſtamens eſt auſſi communiqué aux Deſſervants quand les Cures ne ſont pas remplies ; ils repréſentent le Curé ; ils en ſont toutes les fonctions, & par une ſuite néceſſaire ils doivent joüir de tous les droits attachés à la qualité de Curé, tant qu'ils le repréſentent. Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vûe, c'eſt que les religieux qui deſſervent en ſont exclus. C'eſt un droit accordé par l'Ordonnance aux Deſſervans ſéculiers ſeuls.

Sans que les Vicaires, ni aucunes autres perſonnes Eccléſiaſtiques puiſſent recevoir des Teſtamens ou autres diſpoſitions.

L'Ordonnance déroge par cette diſpoſition à un très-grand nombre de Coutumes, qui permettoient aux *Vicaires*, auſſi bien qu'aux Curés, de recevoir les Teſtamens. On peut mettre en tête la Coutume de Paris Article CCLXXXIX. *Pour réputer un Teſtament ſolemnel, eſt néceſſaire qu'il ſoit écrit & ſigné du teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires, ou pardevant le Curé de la Paroiſſe du Teſtateur,*

Teſtateur, ou ſon Vicaire géneral & un Notaire ou dudit Curé, ou Vicaire & trois témoins, & qu'il ait été dicté & nommé par le teſtateur auxdits Notaires, Curé, ou Vicaire géneral, & depuis à lui relû en la préſence d'iceux Notaires, Curé, ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, &c.

Il ſeroit trop long de rapporter & même citer tous les textes des Coutumes qui confèrent aux *Vicaires* le pouvoir de recevoir des Teſtamens. Mais comme il eſt extrêmement dangereux de trop multiplier les Miniſtres des dernieres volontés des hommes, leſquelles ne peuvent être dépoſés en des mains trop ſûres ; l'Ordonnance a cru devoir ôter aux Vicaires un pouvoir qui, bien loin d'avoir aucune relation à leur miniſtere, eſt au contraire d'une nature toute différente.

ARTICLE XXVI.

Le Curé ou le Deſſervant ſeront tenus, incontinent après la mort du teſtateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de dépoſer le teſtament, ou autre derniere diſpoſition, qu'ils auront reçu, chez le Notaire ou Tabellion du lieu ; & s'il n'y en a point, chez le plus prochain Notaire Royal, dans l'étendue du Bailliage & Senéchauſſée, dans laquelle la Paroiſſe eſt ſituée, ſans

que lesdits Curés ou Desservans puissent en délivrer aucunes expéditions, à peine de nullité desdites expéditions, & des dommages & intérêts des Notaires ou Tabellions, & des parties qui pourroient en prétendre.

Aux termes de l'Article CCXCI. de la Coutume de Paris, les Curés étoient obligés d'inscrire sur un registre les Testamens qu'ils recevoient conjointement avec les baptêmes, mariages & sépultures, & de mettre ces registres de trois mois en trois mois aux Greffes Royaux, dans les Villes où il y avoit Juge Royal, & dans les autres lieux en la Justice ordinaire. De sorte que dans l'interval de ces trois mois, ils étoient, sans difficulté, authorisés à délivrer des expéditions ou des extraits de ces mêmes Testamens, à ceux qui pouvoient en avoir besoin, puisqu'ils en étoient pendant ce tems-là seuls dépositaires.

Dans la suite l'Ordonnance de 1667. a changé cet interval pour les registres des baptêmes, mariages & sépultures. Mais il n'a point été parlé des Testamens dans tous les réglemens qui ont été faits pour la forme, l'usage & l'apport de ces registrès, soit dans l'Ordonnance de 1667. soit dans la Déclaration faite sur cette Ordonnance le 9 Avril 1736. C'est pourquoi le Législateur considérant que ce n'est en quelque sorte qu'un ministere d'*emprunt* & de nécessité qu'exercent les Curés

lorſqu'ils recoivent des Teſtamens ; la nouvelle Ordonnance leur défend d'en délivrer aucunes expéditions, & leur enjoint de les dépoſer auſſi tôt après la mort du Teſtateur, chez le Notaire du lieu, ou le Notaire Royal le plus prochain, ſeuls Officiers compétens de droit, pour en donner des copies valables & authentiques.

CHAPITRE III.

Des formalités des Teſtamens Militaires.

LEs Teſtamens faits par les Soldats ont toujours été dans une très-grande faveur chez les Romains. Dès l'origine de leur République & dans ces premiers tems où ils n'admettoient d'autre forme de teſter que celle qui ſe faiſoit dans les aſſemblées publiques, *calatis comitiis*, & où ils croyoient que leurs dernieres volontés n'étoient point en ſureté ſi elles n'avoient tout le Peuple Romain pour témoin & pour dépoſitaire, ils avoient dès lors introduit une eſpéce de Teſtament particuliere pour les Soldats, que ces derniers pouvoient mettre en uſage *in procinctu*, c'eſt-à-dire, lorſ-

qu'ils étoient prêts à combattre ; de peur qu'en mourans dans l'expédition, ils ne décedaſſent *ab inteſtat.*

Dans la ſuite ces deux ſortes de Teſtamens ayant été abolies, les Romains firent ſuccéder à ceux appellés *in procinctu*, une autre eſpece de Teſtament, nommé en général *Teſtamens Militaires*, auſquels ils accordérent des prérogatives ſingulieres. On prétend que c'eſt Jules Céſar qui en eſt l'Auteur. La forme de ces Teſtamens eſt proprement de n'en avoir aucune & d'être exempts de toutes. De quelque façon qu'un Soldat eut fait connoître ſa volonté derniere, elle devoit être exécutée, auſſi tôt qu'elle étoit connue. *Faciant igitur teſtamenta quomodo volent*, dit la Loi premiere, *D. de Milit. teſtam.* en parlant des Soldats, *faciant quomodo poterunt ; ſufficietque, ob bonorum ſuorum diviſionem faciendam, nuda voluntas teſtatoris.*

Nous avons été long-tems en France à admettre ces ſortes de teſtamens. Dans la ſuite cependant ils ont été introduits. Ils avoient même déja lieu du tems de Dumoulin, comme ce grand Juriſconſulte nous l'atteſte ſur la Coutume de Nivernois, Chapitre 33. Article XIII.

Mais comme juſqu'à préſent ils ne de

voient leur établissement parmi nous qu'à l'usage, l'Ordonnance a bien voulu en faire une loi expresse en faveur de ceux qui font profession de l'Art Militaire. N'est-il pas juste en effet que ceux qui sont à tous instans exposés à répandre leur sang & à prodiguer libéralement leurs vies pour le service du Prince & de la Patrie, trouvent dans les Loix une protection singuliere, sur-tout dans un tems où ils ne peuvent suppléer par le conseil d'autrui à leur ignorance naturelle des Loix, des Coutumes & de la Jurisprudence.

Il eut été néanmoins à craindre que ces priviléges, si justes dans leur principe & si favorables en eux-mêmes, ne dégéneraSSent en un abus très pernicieux, si le Législateur n'avoit pris des précautions sages pour empêcher, autant qu'il étoit possible, que leur trop grande extension n'engendrât ou ne servit à couvrir la suggestion. C'est pour cela que notre Ordonnance y a mis quelques bornes, en prescrivant dans les trois Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. les seules manieres dont il est loisible aux Soldats de manifester leurs dernieres volontés : l'Article XXX. marque dans quel tems & dans quelle situation les Soldats en peuvent profiter. L'Article XXXI. explique quels

font ceux qui peuvent uſer de ces ſortes de Teſtamens ſans être Officiers ni Soldats ; & enfin l'Article XXXII. en définit la durée.

ARTICLE XXVII.

Les Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions à cauſe de mort, de ceux qui ſervent dans nos armées, en quelque Pays que ce ſoit, pourront être faits en préſence de deux Notaires, ou Tabellions, ou d'un Notaire ou Tabellion & de deux témoins, ou en préſence de deux des Officiers ci-après nommés ; ſçavoir les Majors & les Officiers d'un rang ſupérieur, les Prévôts des Camps & Armées, leurs Lieutenans ou Greffiers & les Commiſſaires des Guerres, ou de l'un deſdits Officiers, avec deux témoins, & en cas que le Teſtateur ſoit malade ou bleſſé, il pourra auſſi faire ſes dernieres diſpoſitions en préſence d'un des Au-

môniers de nos troupes , ou des Hôpitaux , avec deux témoins ; & ce , encore que lesdits Aumôniers fussent réguliers.

Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans nos armées en quelque Pays que ce soit , pourront être faits en présence de deux Notaires ou Tabellions , ou d'un Notaire ou Tabellion.

Jusqu'ici l'Ordonnance semble ne pas accorder de grandes prérogatives aux Testamens Militaires ; puisque pour les Testamens ordinaires, en pays Coutumier, on ne requiert pas de plus grandes formalités que celles qui viennent d'être prescrites , c'est à dire , de les faire en présence de deux Notaires ou d'un Notaire & de deux témoins. Mais ce, en quoi consiste le privilége même en cela, c'est que si le Testament Militaire étoit fait en pays de droit écrit, il vaudroit même en cette forme, quoiqu'elle ne fut pas suffisante pour les Testamens ordinaires dans ces Provinces. Aussi l'Ordonance se sert-elle de ces termes énergiques , *en quelque pays que ce soit.*

Ou en présence de deux des Officiers ci-après nommés , sçavoir les Majors

& les Officiers d'un rang supérieur, les Prévôts des Camps & Armées, leurs Lieutenans ou Greffiers & les Commissaires des Guerres ou l'un desdits Officiers avec deux Témoins

S'il étoit possible aux Soldats & à ceux qu sont engagés dans le service, de pouvoir tou jours trouver deux Notaires ou un Notaire & deux témoins lorsqu'ils veulent tester, ce se roit sans difficulté la voye la plus sûre & l moins suspecte. Mais il peut arriver, & il arriv presque toujours, qu'ils n'ont pas cette com modité, comme lorsqu'ils se trouvent en ple ne Campagne, parce qu'il n'y a point de No taires à la suite du Camp. Ainsi l'Ordonnanc veut que dans ces sortes de cas, les dernier volontés de ceux qui sont dans les Troupes so tissent leur effet, pourvû qu'elles soient expr mées en présence de deux des Officiers c après; sçavoir des Majors & autres Officie d'un rang supérieur; des Prevôts des cam & armées & leurs Lieutenans & Greffiers & des Commissaires des Guerres; ou en pr sence de l'un de ces Officiers & de deux t moins. Il faut observer ici que l'Ordonnan se borne aux seuls Majors inclusivement, exclut parconséquent les simples Capitaines les Lieutenans, ne les ayant pas jugés rev tus d'un caractere suffisant, pour rendre a thentique les dernieres dispositions des Sc dats, & parer les soupçons de fraude & suggestion. Ce n'est pas qu'on ne voye to les jours, dans la plûpart de ces Officiers i

férieurs

ſérieurs, autant d'honneur & de probité que dans ceux d'un rang plus élevé.

Et en cas que le Teſtateur ſoit malade ou bleſſé, il pourra auſſi faire ſes dernieres diſpoſitions en préſence d'un des Aumôniers de nos troupes, ou des Hôpitaux avec deux témoins; & ce, encore que leſdits Aumôniers fuſſent réguliers.

Ce n'étoit pas aſſés que la Loi eut permis aux perſonnes engagées dans le ſervice de pouvoir faire leurs Teſtamens devant un Notaire & deux témoins, ou devant deux Notaires, même dans les pays où cette forme n'eſt pas ſuffiſante, lorſqu'ils ſe trouveroient dans des lieux à portée de le faire de cette maniere; ce n'étoit pas aſſez non plus que dans le cas où ils ne pouroient mettre en uſage cette premiere forme de teſter, elle leur eut permis de dépoſer leurs volontés dernieres dans le ſein de deux des Officiers du rang par elle déſigné, ou de l'un deux en préſence de deux témoins; il eſt des occaſions preſſantes où les Soldats ne peuvent ſe ſervir ni de l'une ni de l'autre de ces formes, comme lorſqu'ils ſe trouvent bleſſés à un ſiége ou à une bataille, ou dangereuſement malades dans les Hopitaux; il peut parfaitement arriver que, dans ces inſtans critiques où ils ont le plus beſoin de faire leur Teſtament, il ne ſe trouve aucuns des Officiers du rang denommé dans l'Ordonnance. Il a donc fallu, pour ces ſortes d'occaſions ſeule-

ment, donner caractere à d'autres personnes ; & c'est ce que l'Ordonnance a fait en la personne des Aumôniers tant des troupes que des Hôpitaux, & ce, quand bien même ces Aumôniers seroient réguliers. Car quoiqu'en général les réguliers ne puissent donnner de poids à aucun Acte de la société civile à laquelle ils sont morts, néanmoins dans ces cas, où ils sont Ministres nécessaires, ils le peuvent faire.

ARTICLE XXVIII.

Le Testateur signera les Testamens, Codiciles, ou autres derniere[s] dispositions mentionnées dan[s] l'Article précedent, s'il sçait o[u] peut signer ; & en cas qu'il dé[-] clare ne sçavoir ou pouvoir le fai[-] re, il en sera fait mention. Se[-] ront lesdits Actes pareillemen[t] signés par celui ou ceux qui le[s] recevront, ensemble par les té[-] moins : sans néanmoins qu'il so[it] nécessaire d'appeller des témoin[s] qui sçachent ou puissent signer si ce n'est lorsque le Testateur n[e] sçaura ou ne pourra le faire, [...] à la réserve de ce cas, lorsq[u]

les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent ſigner, il ſuffira d'en faire mention.

Le Teſtateur ſignera les Teſtamens, Codiciles ou autres dernieres diſpoſitions mentionnées dans l'Article précedent, s'il ſçait ou peut ſigner; & en cas qu'il déclare ne ſçavoir ou pouvoir le faire, il en ſera fait mention. Seront leſdits Actes pareillement ſignés par celui ou ceux qui les recevront, enſemble par les témoins.

Tout dans cette diſpoſition, pour la ſignature du Teſtateur, de l'Officier & des témoins, eſt entierement conforme aux Articles V. & XIII. précedens & aux Ordonnances d'Orleans & de Blois.

Sans néanmoins qu'il ſoit néceſſaire d'appeller des témoins qui ſçachent ou puiſſent ſigner, ſi ce n'eſt lorſque le Teſtateur ne ſçaura ou ne pourra le faire; & à la réſerve de ce cas, lorſque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent ſigner, il ſuffira d'en faire mention.

Nous verrons dans la ſuite que pour les Teſ-

tamens ordinaires (ſur tout lorſqu'ils ne faut que deux témoins) l'Ordonnance exige que ces deux témoins ſçachent ſigner, & ſignent effectivement : & à l'égard des Teſtamens qui requierent un plus grand nombre de témoins, qu'il y en ait au moins deux qui ſçachent & puiſſent ſigner. Mais comme dans les Teſtamens Militaires il arrive ſouvent qu'on n'a point la liberté du choix, & qu'il faut prendre néceſſairement pour témoins ceux qui ſe rencontrent, l'Ordonnance les a affranchis de la néceſſité d'appeller des témoins qui ſçachent & puiſſent ſigner, & ſe contente, par une grace ſpéciale, qu'on faſſe mention de leur déclaration qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent ſigner. Elle y met néanmoins cette exception, c'eſt que, ſi le Teſtateur n'eſt point en état de ſigner lui-même, il faudra alors rentrer dans la régle générale d'appeller des témoins qui puiſſent ſigner, afin de ne point rendre l'Officie qui recevroit le Teſtament, ſeul maître des dernieres diſpoſitions des Soldats, ſi l'on s'en rapportoit à ſa ſeule ſignature, pour en aſſurer l'authenticité.

ARTICLE XXIX.

Seront auſſi valables les Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions à cauſe de mort, de ceux qui ſervent dans nos Armées, en quelque Pays que ce ſoit, lorſqu'ils ſeront entiérement écrits, dattés

& signés de la main de celui qui les aura faits : déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées aux deux Articles précedens & au présent Article.

Seront aussi valables les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, de ceux qui servent dans nos Armées, en quelque Pays que ce soit, lorsqu'ils seront entiérement écrits, dattés & signés de la main de celui qui les aura faits.

L'Ordonnace a adopté dans l'Article XXVII. pour les Testamens Militaires, même en pays de droit, la forme dont on use en pays coutumier pour les Testamens solemnels. Par les mêmes motifs, elles adopte dans celui-ci, pour les Testamens Militaires, la forme des Testamens Holographes, qui ne sont cependant en usage que dans les pays Coutumiers & dans ceux de Droit écrit du Parlement de Paris seulement ; de sorte qu'un Testament Militaire Holographe peut à présent avoir son excution par toute la France indistinctement.

Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus d'une des formes portées

aux deux Articles précedents & au présent Article.

Conformement aux Articles XXVII. XXVIII. & au préſent Article XXIX. les Teſtamens Militaires peuvent être de deux ſortes, ou Holographes ou Solemnels: la forme des Holographes eſt preſcrite dans cet Article : il faut qu'ils ſoient écrits, dattés & ſignés par le Teſtateur. Quant aux Solemnels, ils peuvent être faits de trois manieres ; la premiere pardevant deux Notaires ou un Notaire & deux témoins (c'eſt la forme ordinaire des Teſtamens Solemnels en pays Coutumier) la ſeconde, pardevant deux des Officiers du rang marqué dans l'Article XXVII. ou devant l'un deux en préſence de deux témoins : la troiſiéme enfin devant l'un des Aumôniers des Troupes & Hôpitaux en préſence de deux témoins. Il y a cependant cette différence eſſentielle entre cette derniere eſpéce & les autres, qu'elle n'eſt point générale, & ne peut être miſe en uſage que lorſque le Teſtateur Militaire eſt ou malade ou bleſſé.

Si le Teſtament Militaire n'eſt point revêtu d'une de ces formes, l'Ordonnance le déclare nul. Et en cela, elle a beaucoup dérogé aux diſpoſitions des Loix Romaines qui n'en requeroient aucune pour ces ſortes de diſpoſitions, pourvû qu'il apparût de la volonté du Teſtateur. C'eſt ce que marque bien énergiquement la Loi *Milites* D. *de Militari Teſtamento.* Si un Soldat bleſſé marque avec ſon ſang, dit cette Loi, ſoit ſur ſon bouclier, ſoit ſur le fourreau de ſon épée, ſa derniere

volonté, ou qu'il l'a tracé sur la poussiere avec son épée, dans le tems où il est prêt d'expirer dans le combat, qu'elle demeure stable de cette maniere, & qu'elle soit exécutée. *Pro inde sicut juris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vaginâ, aut clypeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore quo in prælio vitæ sortem derelinquunt, hujus modi volontatem stabilem esse oportet.*

Il n'étoit pas même nécessaire, suivant les Loix Romaines, qu'il y eut aucune écriture, ni aucune marque extérieure émanée personnellement du Testateur. Sa volonté exprimée & prononcée en présence de quelques témoins, étoit suffisamment autentique; & c'est ce qui a eu lieu jusqu'à l'Ordonnance présente dans la plûpart des Parlemeus de Droit écrit, sur tout dans ceux de Bordeaux (*a*) & de Toulouse (*b*)

Quant au Parlement de Paris, il faut distinguer, depuis que ces sortes de Testamens ont été admis, jusqu'à l'Ordonnance de Moulins, les Loix Romaines y ont eu lieu dans toute leur étendue. Mais l'Ordonnance de Moulins (*c*) ayant rejetté la preuve par témoins au-dessus de cent livres, le Parlement, depuis ce tems-là, a totalement rejetté les Testamens nuncupatifs, même Militaires, & s'est renfermé dans l'observation exacte de l'Ordonnance de Moulins. M. le Bret (*d*) rapporte

(*a*) Automne en son Commentaire sur la Coutume de Bordeaux.

(*b*) Maynard, Liv. 5. chap. 39.

(*c*) Ordonnance de Moulins, Article LIV.

(*d*) Le Bret, décision liv. 3. chap. 4.

un Arrêt rendu ſur ſes concluſions, en l'Audience de la Grand'Chambre, qui a déclaré nul un Teſtament nuncupatif fait par le Capitaine Landry, *in expeditione*, étant au dernier Siége de Soiſſons, & en conſéquence a adjugé ſes biens aux héritiers *ab intestat*. Henrys(*a*) rend témoignage en faveur de cette Juriſprudence pour les Pays de Droit écrit qui ſont dans les limites du Parlement de Paris.

Ce n'eſt pourtant pas, que quoique le Parlement de Paris ait proſcrit les Teſtamens Militaires nuncupatifs depuis l'Ordonnance de Moulins, il n'ait conſervé aux Teſtamens Militaires rédigés par écrit, tous leurs autres priviléges, & ne les ait affranchis de toutes les formalités des Coutumes; pourvû que d'ailleurs ils fuſſent faits de maniere, à faire foi de la volonté du Teſtateur avec quelque ſorte de certitude. Nous en avons un exemple dans l'Arrêt rendu le 15 Mars 1592. Le Parlement ſéant à Tours, y a confirmé le Teſtament fait à l'armée par un Gentilhomme, & reçu par un Notaire qui avoit omis les formalités preſcrites par la Coutume de Sens, dans le détroit de laquelle le Teſtament avoit été fait. Depuis il a encore été rendu un Arrêt en la Grand'Chambre le premier Mars 1638, conformément aux concluſions de M. l'Avocat Général Talon, qui a ordonné l'exécution d'un Teſtament mutuel fait au Siége de Dole en l'année 1636. entre deux Officiers d'Artillerie, au profit du ſurvivant.

(*a*) Henrys, Liv. 5. chap. 37.

Article XXX.

La diſpoſition des Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui ſeront actuellement en expédition Militaire, ou qui ſeront en quartier ou en garniſon hors le Royaume, ou priſonniers chez les ennemis; ſans que ceux qui ſeront en quartier ou en garniſon dans le Royaume, puiſſent profiter de la diſpoſition deſdits Articles, ſi ce n'eſt qu'ils fuſſent dans une place aſſiégée, ou dans une Citadelle ou autre lieu, dont les portes fuſſent fermées & la communication interrompue à cauſe de la guerre.

La diſpoſition des Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui ſeront actuellement en expédition militaire, ou qui ſeront en quartier ou en garniſon hors le Royaume, ou Priſonniers chez les ennemis.

Après avoir preſcrit dans l'Article précé-

dent les formes que doit avoir le Teſtament Militaire, l'Ordonnance n'accorde pas à ceux qui ſont dans le ſervice, la faculté de s'en ſervir valablement dans toutes ſortes de ſituations. Ils ne peuvent en faire uſage que dans l'un des trois cas qui ſuivent, ou lorſqu'ils ſont en expédition militaire, ou lorſqu'ils ſont en garniſon ou en quartier hors le Royaume, ou enfin lorſqu'ils ſont priſonniers chez les ennemis; parce que dans chacun de ces trois cas, ils ſont dans une égale impuiſſance de ſuppléer à l'ignorance où ils ſont naturellement des Loix, Coutumes & Ordonnances, par les conſeils des gens de l'art.

Auparavant que l'Ordonnance eut décidé cette queſtion, elle partageoit les Juriſconſultes en trois claſſes. Les uns croyoient, que les Soldats ne pouvoient teſter militairement, que lorſqu'ils étoient prêts à combattre, aſſimilant en ce point les Teſtamens Militaires à ceux que l'on appelloit autrefois *in procinctu*, & qui n'avoient effectivement lieu que dans ce cas. D'autres au contraire, (du nombre deſquels eſt le docte Cujas,) ont penſé, que les Soldats pouvoient uſer du droit de Teſtamens Militaires en toute ſorte de tems indiſtinctement, ſoit qu'ils fuſſent en expédition, ou en garniſon & quartier chez l'ennemi, ou dans le Royaume. Enfin quelques autres, à la tête deſquels eſt Ricard, ont pris un milieu entre ces deux extrémités, & ont décidé, que quoique les Soldats ne duſſent pas être autoriſés à teſter militairement, toujours & indiſtinctement, néanmoins il n'étoit pas néceſſaire, qu'ils fuſſent pour cela ſur le point de combattre, & qu'il ſuffiſoit qu'ils fuſſent

en campagne *in expeditione.* Ce dernier sentiment a été confirmé par la présente Ordonnance. Il est le plus conforme en effet aux dispositions des Loix Romaines, & en particulier à celle de la Loi 17. au Cod. *de Testam. Milit.* De peur que quelqu'un ne pense (porte cette Loi) qu'il est permis en tout tems aux Soldats de faire leurs Testamens de quelle maniere ils le voudront, nous ordonnons que ceux-là seuls qui sont en expédition militaire, jouïront du bénéfice à eux accordé ci dessus de tester militairement. *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus Testamenta quoquomodo voluerint componere ; sancimus ut solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium.*

Le paragraphe *sed hactenus, Instit. de Milit. Testam.* n'est pas moins formel. Le privilége de tester militairement, y est-il dit, n'est accordé aux Soldats par les Constitutions des Empereurs que tant qu'ils sont dans le service & qu'ils sont en campagne. Car après que les vétérans ont été licentiés, ou que les autres Soldats ne sont plus campés, quoiqu'ils soient encore dans le service, s'ils font un Testament, ils le doivent faire suivant le droit commun. *Sed hactenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur quatenus militant & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra alii, si faciant adhuc militantes Testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent.*

Sans que ceux qui seront en quartier ou

en garnison dans le Royaume, puissent profiter de la disposition desdits Articles, si ce n'est qu'ils fussent dans une place assiégée ou dans une Citadelle dont les portes fussent fermées & la communication interrompue à cause de la guerre.

L'Ordonnance refuse, à ceux qui sont en garnison dans le Royaume en tems de paix, le droit de tester militairement; parce qu'ils cessent d'avoir pour eux la raison de la Loi, & que s'ils ignorent par eux-mêmes les Loix & les Coutumes, rien ne les empêche en ce cas, de s'adresser à des gens qui les en instruisent. C'est d'après ce principe, que par Arrêt du 30 Avril 1655. en l'Audience de la Chambre de l'Edit, il a été jugé conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, que le Testament fait par le Sieur Delber premier Capitaine du Régiment d'Yssia Cavalerie, au mois de Juin de l'année 1653. dans la ville de Cadillac, où il étoit pour le service du Roi, ne pouvoit avoir d'effet comme Testament Militaire, n'étant pas d'ailleurs revêtu des formalités nécessaires pour le faire valoir en vertu du droit commun. Cette Jurisprudence est puisée dans les Loix Romaines, qui accordent bien le droit de tester militairement aux Soldats tant qu'ils sont en expédition, *cum in expeditionibus occupati sunt;* mais qui leur refusent ce privilége, lorsqu'ils sont hors l'armée, dans d'autres lieux, ou dans leurs maisons. *Illis autem temporibus*

per quæ citra expeditionum necessitatem, in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.

Cette regle, toute générale qu'elle est, souffre cependant une exception, c'est lorsque la place ou la citadelle, où les Soldats sont en garnison, est assiégée, & que le commerce en est interrompu à cause de la guerre. Alors, comme la ville est devenue en quelque sorte un champ de bataille, où la confusion & le tumulte des armes empêchent les Loix d'avoir leur application, le Testament Militaire doit avoir lieu, comme le décide l'Ordonnance, conformément à l'avis de Ricard.

Article XXXI.

Ceux qui n'étant ni Officiers, ni engagés dans nos Troupes se trouveront à la suite de nos Armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendent à nos Officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres & munitions de nos troupes, pourront faire leurs dernieres dispositions dans la forme portée par les Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. & dans les cas marqués par l'Article XXX.

Cujas étoit d'avis que tous ceux qui se trouvoient dans le camp, pouvoient indistinctement jouïr du privilége de tester militairement, soit qu'ils rendissent quelque service dans les troupes ou non, & ce, en vertu de la Loi derniere *de Milit. Testam,*

Ricard au contraire soutenoit fermement, que le sens de cette Loi n'étoit pas d'accorder ce privilége à toutes sortes de personnes, mais seulement à ceux qui ont fonction & emploi dans le camp, c'est-à-dire, ajoute cet Auteur, que les Empereurs ont voulu, que ce privilege ne fut point borné aux personnes qui portoient actuellement les armes; mais qu'il fut aussi communiqué à ceux qui se trouvoient dans le camp, pour y rendre service à l'Etat, & favoriser les armes des Soldats. Il autorisoit son avis de la Loi unique au Digeste *de bonor. poss. ex Testam. Milit.* Et il tiroit sur-tout un grand argument de la Loi *Tribunus* 20 *D. de Milit. Testam.* qui décide que le Codicile fait dans le camp, même par le Tribun, auquel un autre a succédé, doit être parfait aux termes du droit commun, & que les formalités requises pour les Testamens ordinaires ne peuvent pas être suppléées par le privilége militaire. *Tribunus militum, si intra dies certos quam successor ejus in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit, & ibi decesserit, quoniam desinit militis loco haberi postquam successor ejus in castra venit, ideo communi jure civium Romanorum codicilli ejus æstimandi sunt.* Ce qui montre, remarque le Jurisconsulte, que ce n'est pas le lieu qui cause le privilége, mais l'emploi; puisque le Tribun qui avoit occupé une charge considérable, perd

le droit de faire un Testament Militaire, dès-lors qu'il est dépossédé, quoiqu'il dispose auparavant que d'être sorti du camp. (a)

L'Ordonnance s'est déclarée pour ce dernier sentiment, & exige, que pour pouvoir jouïr du privilége militaire, on soit ou attaché à l'armée par quelqu'emploi, ou employé dans la fourniture des vivres & munitions des Troupes; ou du moins que l'on soit au service de quelques Officiers en particulier. Hors ces cas, ceux qui n'ont dans les Troupes aucunes fonctions publiques ou particulieres, n'ont pas le droit de tester militairement, parce que rien ne les y retient, & ne les empêche pour faire leurs Testamens, d'aller dans les lieux où ils peuvent commodément les faire suivant le droit commun.

ARTICLE XXXII.

Les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, mentionnés dans l'Article précédent, demeureront nuls, six mois après que celui qui les aura faits, sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire; si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui

(a) Ricard des Donations, I. Part. chap. 5. tit. 4.

ſont requiſes de droit commun, dans le lieu où ils auront été faits.

Les Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions à cauſe de mort, mentionnés dans l'Article précédent, demeureront nuls, ſix mois après que celui qui les aura faits, ſera revenu dans un lieu, où il puiſſe avoir la liberté de teſter en la forme ordinaire.

Comme le privilége des Teſtamens Militaires n'a été introduit que pour avoir lieu dans le cas d'une occaſion preſſante, & où il n'eſt pas moralement poſſible de prendre toutes les précautions ordinaires, il ſembleroit que la durée de ces occaſions, devroit être la meſure de la durée des Teſtamens Militaires, & qu'ils devroient perdre leur effet, auſſi-tôt que les Soldats ſe ſont trouvés à portée de rectifier ce qui peut manquer à leurs Teſtamens, du côté des ſolemnités, ſuivant le droit commun.

Néanmoins notre Ordonnance n'a pas voulu aller au delà des Loix Romaines, qui veulent que le Teſtament Militaire fait par le Soldat, durant le tems qu'il étoit en expédition, ſubſiſte non ſeulement pendant tout le tems qu'il demeurera dans ce ſervice, mais même encore un an après qu'il aura obtenu ſon congé. *Quod in caſtris fecerint Teſtamentum non communi jure, ſed quomodo voluerint, poſt miſ-*

ſionem

ſionem intra annum valebit. §. *Sed hactenus Inſt. de Teſtam. Milit.* Et ſi elle y a apporté quelque tempéramment, c'eſt uniquement par rapport à ceux, qui n'étant ni Officiers, ni engagés dans les Troupes, ſont à la ſuite des armées, ſoit par des emplois qui les y attachent, ſoit pour le ſervice des Officiers, ſoit enfin pour la fourniture des vivres, à l'égard deſquels l'Ordonnance veut que les Teſtamens qu'ils auront faits avec les priviléges militaires demeurent nuls, ſix mois après qu'ils ſeront revenus dans un lieu où ils puiſſent teſter dans la forme ordinaire.

Mais quant à ceux qui ſont engagés dans les troupes, il paroît que l'Ordonnance n'a rien voulu innover à leur égard, & que les Teſtamens qu'ils ont fait *in expeditione & intra caſtra*, vaudront non ſeulement ſix mois après qu'ils ſeront revenus dans des lieux où ils puiſſent teſter dans la forme ordinaire, mais encore pendant toute leur vie, quelque longue qu'elle puiſſe être, depuis le Teſtament. S'ils ſont demeurés dans le ſervice & y ſont décédés, leur Teſtament Militaire aura toujours ſon effet, par une ſuite du privilege qui y étoit attaché dans ſon principe.

Si ce n'eſt qu'ils fuſſent faits dans les formes qui ſont requiſes de droit commun, dans lieu où ils auront été faits.

Quand l'Ordonnance frappe de nullité les diſpoſitions de dernieres volontés faites dans la forme militaire par ceux qui ſans être Offi-

ciers ni engagés dans les Troupes, sont à la suite des Armées, six mois après qu'ils sont revenus dans un lieu où ils puissent tester dans la forme ordinaire, ce n'est uniquement que dans le cas où la forme dans laquelle sont rédigées leurs dispositions est contraire au droit commun du pays dans lequel elles ont été faites. Ce qui arrivera indubitablement si le Testament a été fait dans tous les pays de Droit écrit autres que ceux du Parlement de Paris. Mais si le Testament militaire a, par exemple, été fait en présence de deux Notaire, ou d'un Notaire & deux témoins conformément à l'Article XXVII. & que l'Armée fut alors en pays coutumier, il n'a pas besoin du privilege Militaire pour se soutenir, & il conservera sa force & vertu, même après les six mois fatals de notre Article, parce qu'il seroit fait suivant le droit commun du pays; il en seroit de même si le Testament étoit Holographe & que l'Armée fut alors ou en pays coutumier ou dans les Provinces de Droit écrit du ressort du Parment de Paris où les Testamens Holographes sont en usage. La raison en est la même.

CHAPITRE IV.

Des formalités des Testamens faits en tems de Peste.

IL est peu de matiéres où l'on rencontre une si grande contrariété de Jurisprudence dans les différens Parlemens

que celle des Teſtamens faits en tems de Peſte. On a cru au Parlement de Paris, que bien loin qu'on dût ſe relâcher dans ces occaſions de la rigueur des ſolemnités ordinaires, on devoit au contraire y tenir la main avec d'autant plus de ſoin, qu'un homme atteint de cette maladie, étoit abandonné de tout le monde & ſe trouvoit à la merci de deux ou trois perſonnes qui pouvoient profiter des terreurs extraordinaires que cauſe ce fleau, pour lui faire prendre telles impreſſions qu'ils voudroient ſoit en leur faveur, ſoit en faveur d'autres qui les auroient gagnés.

On a ſuivi une idée totalement différente dans les Parlemens du Droit écrit, & on y a eſtimé que l'état d'abandonnement où ſont ceux qui ſe trouvent dans cette triſte ſituation, méritoit non-ſeulement toute ſorte de commiſération, mais encore une indulgence toute particuliére; & qu'ainſi ce ſeroit pouſſer la rigidité juſqu'à la barbarie que d'exiger d'eux les mêmes ſolemnités dans leurs Teſtamens que celles qui ont lieu dans le Droit commun.

Une ſi grande différence de principes a dû produire & a produit en effet une différence énorme de Juriſprudence en-

tre le Parlement de Paris & les Parlemens de Droit écrit. Mais l'Ordonnance a fixé toutes les idées sur ce point, en prescrivant dans les Articles XXXIII. XXXIV. & XXXV. les différentes formes de ces Testamens ; & en marquant dans l'Article XXXVI. quels sont ceux qui peuvent s'en servir, & dans l'Article XXXVII. la durée de ces Actes Nous y joindrons l'Article XXXVIII. qui fait une loi de la datte dans toutes sortes de dispositions.

ARTICLE XXXIII.

En tems de Peste, les Testamens, Codiciles ou autres dispositions à cause de mort pouront être faits en quelque Pays que ce soit, en présence de deux Notaires ou Tabellions ou de deux des Officiers de Justice Royale, Seigneuriale ou Municipale, jusqu'aux Greffiers inclusivement, ou pardevant un Notaire ou Tabellion avec deux témoins, ou pardevant un des Officiers ci-dessus nommés,

aussi avec deux témoins, ou en présence du Curé ou Desservant, ou Vicaire ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacremens aux malades quand même il seroit régulier & de deux témoins.

On ne trouve point auparavant l'Ordonance d'autre Texte formel de Loix qui ait donné quelque régle sur cette matiere que la Loi *Casus VIII. Cod. de Testam.* Encore n'exempte-t-elle en cette rencontre d'aucunes des solemnités prescrites pour les Testamens ordinaires, si ce n'est qu'elle dispense les témoins de la nécessité où ils sont par le droit commun, de se trouver en même tems, & d'assister conjointement à la solemnité du Testament *Casus majoris ac novi contingentis ratione* (porte cette Loi) *adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid de jure relaxatum est, non tamen prorsus reliqua Testamentorum Solemnitas perempta est: testes enim hujus modi morbo oppressos eodem tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.*

Le Parlement de Paris s'est toujours montré rigide observateur de cette Loi. Ainsi toutes les fois qu'il ne s'est pas trouvé, lors des Testamens faits en tems de peste dans les pays de droit écrit de son ressort, le nombre de témoins requis par le droit commun, les Testamens ont été déclaré nuls. Brodeau sur M.

Louet (*a*) fait mention d'un Arrêt intervenu sur un Procès dans lequel il dit avoir écrit, en la premiere Chambre des Enquêtes au rapport de M. Laisné le dernier Août 1630. confirmatif d'une Sentence renduë par le Sénéchal de Lyon le 12 Mars précédent, par lequel le Testament fait en la même ville par un homme malade de la peste, a été déclaré nul. Le motif c'est qu'il n'étoit assisté que de six témoins au lieu de sept. Il a été encore rendu en la Grand'Chambre du même Parlement le 24 Mars 1659. un Arrêt, qui conformement aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, a déclaré de même nul un Testament fait en la même ville de Lyon par un homme infecté de la maladie contagieuse, en conséquence de ce qu'entre les sept témoins qui y avoient assisté, il s'en rencontroit trois ou quatre Religieux.

Le même Parlement de Paris ne s'est pas relâché davantage en faveur des Testamens faits en tems de peste, des formalités prescrites par les Coutumes ou par les Ordonances. (*b*) Par Arrêt prononcé en Robes rouges à la Pentecôte de l'année 1598, le Testameut fait par une Femme malade de peste pardevant un Prêtre qui étoit preposé pour porter le S. Sacrement aux pestiférés en présence de trois témoins (sçavoir deux hommes & une femme) a été déclaré nul en une Coutume, qui requiert que les Testamens soient passés pardevant le Curé de la Paroisse ou son Vicaire & trois témoins mâles. Il a été rendu un autre

(*a*) Brodeau sur Louet, let. C. chap. 8.
(*b*) Ricard des Donat. part. prem. Chap. 5 sect. 10.

Arrêt en la Grand'Chambre le huit Mars 1638. au sujet d'un Testament fait en la ville d'Amiens par le sieur de Noyelle Prêtre, décedé de la maladie contagieuse dans les 24 heures de son Testament contenant la déclaration des Notaires qu'il n'avoit pas signé à cause de sa maladie. Mais comme il n'étoit pas fait mention qu'il eût lui même déclaré ne pouvoir signer, après en avoir été interpellé suivant qu'il est prescrit par les Ordonnances, le Testament a été déclaré nul, & il a été ordonné, qu'un précédent Testament par lui fait en l'année 1630. seroit exécuté.

Mais les Parlemens de Droit écrit ont été infiniment plus indulgens, & n'ont pas cru que dans une matiere, aussi favorable, on dût absolument s'en tenir à la Lettre de la Loi. Ils ont toujours jugé valables, au Parlement de Toulouse, les Testamens passés par les pestiférés en présence de cinq témoins, au lieu de sept : ils y admettoient même les femmes pour témoins contre les dispositions des Loix. (*a*)

On suivoit le même usage au Parlement de Grenoble aussi bien qu'au Parlement de Provence. (*b*)

Le Parlement de Bordeaux étoit dans les mêmes principes ; avec cette restriction néanmoins que le nombre de cinq témoins suffisoit seulement lorsque la peste étoit grande, mais si elle ne faisoit que commencer dans un lieu, les Testamens n'étoient point exempts du nombre ordinaire des témoins.

(*a*) D'olive, quest. not. de droit, Liv. 5. chap. 2. Mainard liv. 5. Chap. 6.
De Cambolas, liv. 6. chap. 9.
(*b*) D'Expilly, plaid. 39.

Notre Ordonnance a fait en sorte de satisfaire en même tems, par ses sages dispositions, aux deux motifs différens, qui ont entraîné le Parlement de Paris & ceux de Droit écrit dans une si grande contrariété de Jurisprudence ; elle a eu, avec ces dernieres Compagnies, toute l'indulgence possible pour des gens qui meritent infiniment d'égards dans une position aussi fâcheuse ; sans cependant perdre de vue les justes précautions que le Parlement de Paris a cru plus nécessaires en ces occasions qu'en toutes les autres, pour empêcher les surprises & les suggestions. C'est pourquoi elle laisse, à ceux qui se trouveront infectés de cette maladie, le choix de trois différentes formes de Testamens publics & solemnels qui auront lieu en toutes sortes de Pays & de Parlemens.

1°. C'est de tester en présence de deux Notaires seulement ou de deux Officiers de Justice Royale, Seigneuriale ou Municipale, y compris les Greffiers inclusivement.

2°. Devant un Notaire ou un des Officiers de Justice ci-dessus nommés & de deux témoins.

3°. Enfin en présence du Curé ou Desservant, ou Vicaire, ou autre Prêtre, même régulier, chargé d'administrer les Sacremens aux malades, & de deux témoins.

Cette derniere disposition qui accorde aux Prêtres, mêmes reguliers, chargés d'administrer les Sacremens aux pestiférés, le pouvoir de recevoir les Testamens en présence de deux témoins est juste & peut même être quelquefois la seule voye ouverte dans ces occasions aux malades pour déclarer leurs dernieres volontés. Elle est cependant contraire

à

à un Arrêt du Parlement de Paris rendu en l'Audience de la Grand'Chambre conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon le 18 Juillet 1684. Cet Arrêt n'a eu aucun égard au Testament fait par Jean de la Veue Marchand de la Ville de S. Etienne en Forests frappé de la peste lequel avoit été reçu par un Capucin commis pour assister les pestiférés, en présence de sept témoins, dont deux avoient signé; les cinq autres avoient déclaré ne sçavoir signer. (*a*) La principale cause de la proscription de ce Testamment a été qu'il avoit été reçu par un Religieux incapable de faire foi de la solemnité d'un tel Acte. Si un pareil Testament se présentoit aujourd'hui & qu'il fut postérieur à l'Ordonnance, il n'auroit assurément pas le même sort.

Par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, les Religieux étoient autorisés, même avant l'Ordonnance, à recevoir les Testamens en tems de peste. (*b*)

ARTICLE XXXIV.

Ce qui a été réglé par l'Article XXVIII. pour les Testamens Militaires sur la signature, tant du Testateur que de celui ou ceux qui recevront le Testament, & des té-

[*a*] Henrys Tom. premier liv. 5. quest. 9.
[*b*] Cambolas Liv. 6. Chap. 9.
Albert sur le mot *Testament*, Art. 38.

moins, sera aussi observé par rapport aux Testamens & Codiciles ou autres dispositions faites en tems de peste.

En confrontant l'Article précédent, le présent & les III. suivans avec les Articles XXVII. XXVIII. XXIX. XXX. XXXI. & XXXII. on trouve que l'Ordonnance a presque entierement assimilé les Testamens faits en tems de peste, aux Testamens Militaires, tant dans les formalités qu'elle leur impose, que dans les privileges qu'elle leur accorde respectivement. Dans cet Article entr'autres, le Legislateur veut que dans les Testamens faits en tems de peste, comme dans les Testamens Militaires, le Testateur signe les Testamens Codiciles, & autres dernieres dispositions, s'il sçait ou peut signer : & qu'en cas qu'il déclare ne le sçavoir ou ne le pouvoir, il en soit fait mention ; que ces Actes soient pareillement signés par celui ou ceux qui les recevront, ensemble par les témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeller des témoins qui sçachent ou puissent signer, si ce n'est lorsque le Testateur ne sçaura ou ne pourra le faire ; & à la réserve de ce cas, lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer, qu'il suffit d'en faire mention.

Quant à la signature du Testateur, un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 23 Mai 1644. confirmatif d'une Sentence du Sénéchal de Limoges, a jugé qu'un Testament fait en tems de

peste, non signé du Testateur, & où il n'avoit point été interpellé de signer, étoit valable. (a) Nous avons vû ci-devant que le contraire a été jugé au Parlement de Paris par l'Arrêt du huit Mars 1638. qui a cassé le Testament du sieur Noyelle, parce que le Testateur n'ayant pas signé, il n'étoit pas fait mention dans l'Acte qu'il eut *déclaré* lui-même *ne sçavoir signer, après en avoir été interpellé suivant l'Ordonnance.*

ARTICLE XXXV.

Seront en outre valables en tems de peste, en quelque Pays que ce soit, les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, qui seront entiérement écrits, datés & signés de la main de celui qui les aura faits : Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées aux deux Articles précedents, & au présent Article.

Indépendamment des trois formes dans lesquelles l'Ordonnance (Article XXXIII.) permet aux pestiférés de faire leurs Testamens publics & solemnels, elle leur laisse

(a) La Peyrere let. T. n. 118.

encore, par celui-ci, la liberté de se servir des Testamens holographes, même dans les Provinces où ces sortes de Testamens n'ont point de cours. Dans ces cas singuliers, le Prince a cru ne devoir point s'arrêter à la prévention qu'une longue habitude a produite dans les esprits contre les Testamens holographes, dans certaines Provinces de son Royaume; mais il a consulté seulement, si ces sortes de Testamens peuvent faire exactement foi de la vérité des dispositions du Testateur. Or comme l'expérience prouve depuis longtems, que de tous les Testamens, les holographes sont ceux où la volonté du Testateur se peint elle-même le plus naturellement & le plus véridiquement, & que c'est tout ce que l'on peut & doit exiger, dans des circonstances aussi critiques que celles de la peste; la Loi a dérogé pour ces cas seulement, aux anciens usages des Parlemens de Droit écrit. Nous avons vu sur l'Article XXIX. qu'elle admet la même chose pour les Testamens Militaires.

Mais si l'Ordonnance a bien voulu se relâcher en faveur de ces deux especes de Testamens privilégiés, elle ne permet pas non plus, que l'on aille au-delà des bornes qu'elle a marquées. De sorte que si un Testament fait en tems de peste ou Militaire, n'étoit pas revêtu d'une des formes qu'elle a prescrites, il seroit nul de plein droit. C'est en particulier, pour les Testamens faits en tems de peste, ce que contient la derniere disposition de cet Article. *Déclarons nuls*, y est-il dit, *tous les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, qui ne seroient pas revêtus au moins*

d'une des formalités portées aux deux Articles précédents, & au présent Article.

ARTICLE XXXVI.

La disposition des Articles XXXIII. XXXIV. & XXXV. aura lieu tant à l'égard de ceux qui seroient attaqués de la Peste, que pour ceux qui seroient dans les lieux infectés de ladite maladie ; encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

Comme l'Article XXXI. communique tous les droits & les avantages des Testamens Militaires, à ceux qui quoique non engagés, ni Officiers dans les Troupes, y sont attachés néanmoins par quelqu'occupation ou emploi, de même le présent Article étend ceux des Testamens faits en tems de peste, non seulement aux malades, mais encore à ceux qui, sans être encore malades, sont dans les lieux infectés de cette maladie : & il y a dans cette disposition, une très grande raison d'équité. Car outre que ces derniers courent à tout instant les risques d'être attaqués comme les autres, c'est qu'ils sont dans une égale impuissance que les pestiférés, de trouver les commodités nécessaires, pour satisfaire exactement à toutes les formalités que pourroit exiger le droit commun.

ARTICLE XXXVII.

Les Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions à cauſe de mort, mentionnés dans les quatre Articles précédens, demeureront nuls ſix mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le Teſtateur ſe trouvera, ou qu'il aura paſſé dans un lieu où le commerce n'eſt point interdit : ſi ce n'eſt qu'on eut obſervé dans leſdits Actes les formes requiſes de droit commun dans le lieu où ils auront été faits.

Suivant le ſentiment des Juriſconſultes, avant l'Ordonnance, le Teſtament d'un peſtiféré n'avoit plus d'effet un an après ſa guériſon, s'il n'étoit fait ſuivant le droit commun, à l'*inſtar* des Teſtamens militaires, qui perdoient leur force & vertu un an après le congé. Baſſet rapporte même un Arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 9 Juin 1664. qui l'a jugé ainſi. (*a*)

L'Ordonnance a réduit ce délai d'un an, à ſix mois, à compter non pas du jour de la guériſon du Teſtateur, qui pourroit être de beaucoup antérieure au rétabliſſement du com-

(*a*) Baſſet, Tome premier liv. 5. tit. premier, chap. 10.

merce dans le lieu, mais seulement du jour que ce même commerce aura été rétabli, ou que le Testateur aura passé dans un lieu, où le commerce n'est point interdit; parce que ce n'est que de cette époque, que le Testateur a été en état de refaire son Testament avec plus de solemnité qu'auparavant.

Cependant si ce Testament étoit revêtu de toutes les formes prescrites par le droit commun du lieu où il a été fait, il auroit autant de force après les six mois qu'auparavant: comme dans l'espece d'un Testament fait en tems de peste en Pays Coutumier, devant deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins; ou d'un Testament holographe, fait dans le même Pays Coutumier, ou dans les Provinces de Droit du Parlement de Paris. Dans ces deux différens cas, il vaudroit également avant & après les six mois de l'Ordonnance.

Article XXXVIII.

Tous Testamens, Codiciles, Actes de partage entre enfans & descendans, ou autres dispositions à cause de mort, en quelque Pays & en quelque forme qu'ils soient faits, contiendront la datte des jour, mois & an, & ce, encore qu'ils fussent holographes: ce qui sera pareillement observé dans le cas du

Testament mystique, tant pour la datte de la disposition que pour celle de la suscription.

Tous Testamens, Codiciles, Actes de partage entre enfans & descendans, ou autres dispositions à cause de mort, en quelque Pays & en quelque forme qu'ils soient faits, contiendront la datte des jour, mois & an.

La question de sçavoir si dans le Testament, la datte étoit tellement de son essence, que le défaut de datte le rendit nul de plein droit, a partagé les Docteurs. Plusieurs Auteurs modernes se conformant à l'opinion de Cujas, ont décidé, que la datte n'étoit point une partie nécessaire dans les Testamens. *Dubitari potest*, dit Cujas, (*a*) *an & ascribi dies & Consul debuerit, quâ de re hoc, ex Modestini libris* (4 *Regularum tit. de bon. lib. & de Testam.*) *fragmentum à Petro Pitheo viro studiosissimo accipimus ; cum, inquit, in Testamento dies & Consul adjecti non sunt, nihil nocet quominus valeat Testamentum.* D'où il conclut aussi en ces termes : *Sed si non fuerit adscriptus, non ideo minus Testamentum valet.*

L'opinion contraire a été soutenue par des Jurisconsultes qui sont aussi d'un fort grand poids. Tels sont entr'autres Bartole & Ricard. Ces

(*a*) Cujas, coment. sur la Loi *qui Testamento Dig. de Testam.*

derniers convenoient, qu'on ne trouve ni dans le Digeste ni dans le Code, aucun texte de Loi formel qui ait expressément décidé, que la datte est d'une nécessité indispensable dans les Testamens. Mais ils prétendoient tirer avantage, pour le prouver, de plusieurs textes de Loix, & notamment de la Novelle CXVII. qui, en continuant d'exempter les Testamens des peres entre leurs enfans de la plus grande partie des solemnités requises dans les autres Testamens, conserve néanmoins toujours l'obligation d'y apposer la datte ; *primum quidem ejus suscriptione tempus declaret*, dit cette Loi. D'où il sembloit que l'on dût conclure, que puisque la datte a été regardée comme si indispensable, qu'elle n'a pu être remise dans un Testament aussi favorable, & aussi favorisé que celui des peres entre leurs enfans ; à plus forte raison, cette même datte devoit être une formalité de rigueur dans les Testamens ordinaires.

Nous ne trouvons non plus dans nos Ordonnances Françoises aucun texte formel sur la nécessité de la datte. Mais on ne l'a jamais révoquée en doute parmi nous, pour les Testamens reçus devant un Officier public. Cette nécessité de datte a même été supposée bien directement dans l'Ordonnance de Blois, où il est ordonné (Article CLXVII.) aux Notaires, de faire mention dans les Testamens & autres Actes qu'ils passeront, si c'est *avant* ou *après-midi*. Combien plus doivent-ils spécifier l'an, le mois & le jour ; sans lesquels la mention d'*avant* ou *après-midi* deviendroit superflue & inutile ?

D'ailleurs, la datte est d'une conséquence

infine dans les Teſtamens par écrit. Car, puiſque tout Acte doit porter avec lui ſa preuve, & que celle par témoins ne peut y ſuppléer, ſur tout depuis l'Ordonnance de 1667. comment pourroit-on connoître ſans datte, ſi le Teſtateur étoit en âge, ou s'il n'y avoit point quelqu'autre empêchement, tant de ſa part que de celle des témoins, lorſque le Teſtament a été redigé par écrit ? L'appoſition de la datte n'eſt-elle pas le ſeul moyen de diſſiper tous les doutes, & de faire connoître la vérité ? C'eſt donc avec très-grande raiſon, que notre Ordonnance a preſcrit cette néceſſité de datte pour tous les Teſtamens, en quelques Pays & en quelques formes qu'ils ſoient faits.

Et encore qu'ils fuſſent Holographes.

Quoiqu'il ne paroiſſe aucun veſtige dans les livres de Juriſprudence, qu'on ait jamais agité parmi nous la queſtion de ſçavoir, ſi dans les Teſtamens paſſés pardevant perſonnes publiques, l'omiſſion de la datte les rendoit ſans effet, parce que tout le monde ſemble dans tous les tems être convenu de cette vérité, on ne trouve point la même unanimité de ſentimens pour les Teſtamens holographes, ni même d'uniformité dans la Juriſprudence. La queſtion de ſçavoir ſi un Teſtament holographe étoit nul faute de datte, s'étant d'abord préſentée le 18. Mars 1596. la cauſe après avoir été plaidée très ſolemnellement, fut appointée par rapport à la difficulté que la Cour y trouva. (*a*)

[*a*] Chopin, Commentaire ſur Paris, liv. 2. tit. 4. n. 3. Peleus, queſt. 22.

La même question se représenta le 25 Juin 1612. dans l'espece d'un Testament holographe d'un pere qui y faisoit le partage de ses biens entre ses enfans. Ce Testament fut confirmé, quoiqu'il n'eut point de datte. L'Arrêt en est rapporté par Mornac & par Tronçon. (*a*)

Mais Ricard en cite un autre, qu'il a ouï lui-même prononcer en l'Audience de la Grand'Chambre le Vendredi 4 Juin 1660. (*b*) par lequel la Cour, après une plaidoirie de quatre ou cinq Audiences, a confirmé l'exhérédation faite par le Sieur Duplessis de Blancbuisson, de son fils aîné, pour s'être marié contre sa volonté, sans avoir égard à un Acte écrit & signé de la main du pere, qui révoquoit l'exhérédation, & auquel on n'eut aucun égard, parce qu'il étoit sans datte. Ce qui rend cet Arrêt plus considérable, c'est que toute la faveur étoit pour l'Acte sans datte qui révoquoit l'exhérédation; & cependant dans une espece aussi favorable, la Cour a jugé que la datte étoit absolument nécessaire pour le faire subsister.

Néanmoins postérieurement à cet Arrêt il en a été rendu un autre le 28 Juin 1678. aussi en l'Audience de la Grand'Chambre conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, qui a confirmé un Testament fait en forme de Lettres missives datté du 30 de

(*a*) Mornac, *ad leg. cum Tabernam* 34 *parag. idem quæ sint Dig de Pignor.*

Tronçon sur l'Article CCXCIX. de la Coutume de Paris.

[*b*] Ricard des Donations, chap. 5. sect. 17.

l'année 1676. ſans avoir égard à la circonſtance que le nom du mois étoit oublié.

L'Ordonnance n'a point cru que l'on dût ſur ce point diſtinguer les Teſtamens holographes des autres Teſtamens par écrit ; parce qu'il y a dans les uns & dans les autres une égale néceſſité de ſçavoir le tems auquel le Teſtament a été fait pour connoître ſi le Teſtateur étoit alors en âge de teſter, ou s'il n'y avoit point quelqu'autre empêchement en ſa perſonne.

En vain oppoſeroit-on que la datte eſt d'autant moins eſſentielle dans un Acte holographe, qu'il dépend de celui qui le fait, d'y donner celle que bon lui ſemble. Car outre qu'on ne doit jamais ſuppoſer le faux, c'eſt que la datte a ſouvent ſervi de bouſſole pour découvrir ce qu'il y a de vitieux dans un Teſtament. En effet du Moulin (*a*) fait mention d'un Teſtament qu'il jugea faux par raport à ſa datte, & en conſéquence de ce que le Teſtateur, voulant prendre trop de précaution, lui avoit donné une datte qui ſe trouva poſtérieure à ſa mort. Ricard dans l'endroit ci-devant cité, nous donne un pareil exemple d'un prétendu Teſtament holographe qu'il vît, & dont la fauſſeté a été découverte par le moyen d'une antidatte, le Fauſſaire ayant imité la maniere avec laquelle le Teſtateur écrivoit, au tems auquel il avoit fabriqué la piéce ; & parce que c'étoit proche la mort du deffunt, voulant donner plus de poids à ſon Ouvrage, & faire paroître que le Teſtament avoit été fait en pleine ſanté, il l'avoit datté de quelque tems auparavant. C'eſt

(*a*) Du Moulin, ſur Paris, parag. 56, nomb. 5.

ce qui fit connoître évidemment la ſuppoſition, d'autant qu'il ſe rencontra une différence notable entre l'écriture du deffunt des deux tems : au lieu que ſi la datte avoit été donnée au Teſtament du tems auquel il avoit été fabriqué, il y avoit une imitation ſi parfaite avec l'écriture du Deffunt de ce tems-là, qu'il eut été impoſſible d'en découvrir le faux.

Ces deux exemples atteſtés par deux Juriſconſultes auſſi reſpectables que le ſont Dumoulin & Ricard, juſtifient pleinement que la datte n'eſt pas moins utile & moins néceſſaire dans les Teſtamens holographes que dans ceux qui ſont faits devant des perſonnes publiques, quoique dans les premieres la datte ſoit moins certaine que dans les dernieres. Auſſi l'Ordonnance en preſcrivant l'indiſpenſabilité de la datte de l'an, mois & jour dans tous les Teſtamens, a-t'elle ajouté, *& ce, encore qu'ils fuſſent holographes.*

Ce qui ſera pareillement obſervé dans le cas du Teſtament Myſtique, tant pour la datte de la diſpoſition, que pour celle de la ſuſcription.

Cette diſpoſition ajoute à celle de l'Article IX. qui dans les différentes formalités qui y ont été preſcrites pour la perfection du Teſtament myſtique ou ſecret, n'a aucunement parlé de la datte. Elle eſt ici requiſe non-ſeulement dans l'Acte de ſuſcription, mais encore dans le Teſtament même ; parce que comme le Teſtament & l'Acte de ſuſcription peuvent être faits dans des tems très-éloignés l'un de

l'autre, ce n'eſt pas aſſez que le Teſtateur ait la capacité néceſſaire pour teſter lors de l'Acte de ſuſcription, il faut encore, à plus juſte titre, qu'il l'ait lorſqu'il fait le Teſtament; ce qui ne peut ſe connoître que par l'appoſition de la datte dans l'un & dans l'autre Acte.

TITRE II.

Des Témoins Téſtamentaires.

APrès avoir détaillé, dans le Titre précédent, les différentes formalités que le Légiſlateur a cru néceſſaires pour purger, autant qu'il eſt poſſible, les dernieres diſpoſitions des hommes, d'impreſſions étrangeres, & pour conſerver juſqu'après leur mort, leurs volontés exemptes d'altération & de ſuggeſtion, rien n'étoit plus naturel que de paſſer aux qualités que doivent avoir ceux qui ſont choiſis pour rendre authentiques par leur témoignage ces diſpoſitions importantes, d'où

dépendent le plus ſouvent le ſort & la fortune des familles. Les témoins ſont en effet ceux à la foi deſquels la Loi s'en rapporte pour juger de la vérité ou de la fauſſeté des Teſtamens. On ne peut donc apporter trop de ſoins pour les choiſir, autant qu'il ſe peut, purs & exempts de toute ſuſpicion : c'eſt à quoi tendent les précautions que prend en cette occaſion l'Ordonnance.

Dans l'Article XXXIX. elle fixe l'âge des Témoins. Dans les Articles XL. XLI. XLII. XLIII. & XLVI. elle détermine ceux qui ne peuvent l'être & ceux qui le peuvent. Dans les Articles XLIV. & XLV, elle diſtingue les cas ou les Témoins ſont obligés de ſigner tous le Teſtament, d'avec ceux où il ſuffit qu'un certain nombre le ſigne. Enfin les Articles XLVII. & XLVIII. marquent ce que produit, quant à l'Acte, l'inexécution

de ce qui a été ordonné par rapport à la datte & à la forme des Teſtamens & par rapport aux qualités des témoins ; & de quelle maniére doivent être punis les Officiers & les témoins qui auroient reçu ou ſigné un Teſtament, ſans avoir vu le Teſtateur & ſans lui avoir entendu prononcer ſes diſpoſitions.

ARTICLE XXXIX.

Dans tous les Actes à cauſe de mort où la préſence des témoins eſt néceſſaire, l'âge deſdits témoins demeurera fixé à celui de vingt ans accomplis ; à l'exception des Pays de Droit écrit, où il ſuffira que leſdits témoins ayent l'âge où il eſt permis de teſter dans leſdits pays.

Dans tous les Actes à cauſe de mort, où la préſence des témoins eſt néceſſaire, l'âge deſdits témoins demeurera fixé à celui de vingt ans accomplis.

L'Ordonnance diſtingue les Pays Coutumiers

miers d'avec ceux de Droit écrit pour l'âge des témoins. Dans les Pays Coutumiers, elle veut qu'ils ayent vingt ans accomplis conformément à la Coutume de Paris; *iceux témoins,* y eſt-il dit dans le milieu de l'Art. CCXCIX. *Idoines, ſuffiſans, mâles & âgés de vingt ans accomplis & non Légataires.* Toutes les Coutumes qui ont été réformées en mêmes tems que celle de Paris, ont une même diſpoſition. Mais il en eſt quelqu'autres, comme celle de Senlis, qui ne diſent rien de precis ſur l'âge des témoins, & exigent ſeulement qu'ils ſoient idoines & ſuffiſans : ce qui avoit occaſionné un grand abus. Car on voyoit tous les jours, dans ces Coutumes, des Notaires prendre pour témoins de jeunes Clercs à l'âge de quinze à dix-huit ans, tels qu'ils ſe rencontroient. C'eſt pourquoi l'Ordonnance a jugé à propos, pour remédier à ce déſordre, d'étendre aux Coutumes qui ne parlent point de l'âge des témoins, la diſpoſition générale de toutes les autres qui requierent dans les témoins l'âge de vingt ans accomplis.

A l'exception des Pays de Droit écrit, où il ſuffira que leſdits témoins ayent l'âge où il eſt permis de teſter dans leſdits Pays.

Cette régle que *ceux qui n'ont point l'âge pour teſter, ne peuvent ſervir de témoins dans les Teſtamens*, eſt tirée du Paragraphe *Teſtes VI. Inſtit. de Teſtam. ordin. Teſtes autem adhiberi poſſunt ei cum quibus Teſtamenti factio eſt* : c'en ſont les termes. Or comme on ne pouvoit

faire de Teſtament chez les Romains qu'on n'eut atteint la pleine puberté, qui étoit dix-huit ans accomplis, il ſuit qu'on n'y pouvoit être témoin non plus qu'à cet âge : & qu'ainſi l'âge des témoins en pays de Droit écrit doit être au moins de dix-huit ans.

ARTICLE XL.

Les témoins ſeront mâles, regnicoles, & capables des effets civils; à l'exception ſeulement du Teſtament Militaire, dans lequel les Etrangers non notés d'infamie, pourront ſervir de témoins.

Les témoins ſeront mâles.

Les Loix Civiles ſont préciſes à cet égard & n'admettent point les Femmes pour témoins dans les Teſtamens. *Mulier Teſtimonium dicere in Teſtamento quidem non poterit.* (*a*) On trouve encore dans les Inſtitutes un texte qui n'eſt pas moins formel : *ſed neque mulier, neque impubes, neque &c. poſſunt in numerum Teſtium adhiberi.* (*b*)

Nombre de Coutumes, & en particulier celle de Paris, ont ſuivi le Droit Romain, & ont exclu les Femmes d'entre les témoins Teſta-

(*a*) *Leg. qui Teſtamento Dig. de Teſtam.*
(*b*) Inſtit. *de Teſtam. ord. parag.* T*eſtes.*

mentaires. De ſorte que, & dans ces Coutumes qui ont des diſpoſitions expreſſes & dans les pays qui ſuivent le Droit écrit, on n'a jamais pû admettre le témoignage des Femmes dans les dernieres diſpoſitions.

Mais comme il eſt des Coutumes qui gardent le ſilence à cet égard, devoit-on ſuivre ce qu'ordonnent le Droit civil & les autres Coutumes, ou non? C'eſt ce qui faiſoit avant cette Ordonnance une grande queſtion.

Ricard (*a*) s'étoit déclaré en faveur des Femmes : il décidoit que dans les Coutumes qui n'ont point de diſpoſitions excluſives à leur égard, elles devoient être admiſes, avec d'autant plus de fondement qu'il ſe trouve des hommes beaucoup moins intelligens que les femmes, & qu'on ne choiſit point l'induſtrie pour rendre témoignage ; que d'ailleurs l'auteur de la Gloſe ſur la Loi derniere au *Code de Codicill. verb. quinque teſtes*, eſt d'avis que les Femmes, aux termes du Droit Civil, étant ſeulement excluës de ſervir de témoins dans les Teſtamens, rien n'empêchoit qu'elles ne puſſent être employées en cette qualité dans les Codicilles ; ce qui devoit ſervir de déciſion parmi nous, ſuivant Ricard ; d'autant que nos Teſtamens ont beaucoup plus de rapport aux Codicilles qu'aux Teſtamens ſolemnels des Romains.

Le même Auteur ſe ſert encore en faveur des Femmes d'un ſecond argument tiré de ce que la prohibition d'admettre les Femmes pour témoins Teſtamentaires tiroit ſon origine parmi les Romains, de ce que les Teſtamens ne ſe

(*a*) Ricard des Donations part. premiere Chap. 5. ſect. 8.

pouvoient faire dans l'ancien Droit que dans les assemblées publiques *in Comitiis*, où les Femmes n'étoient point appellées. Or comme, ajoute-t'il, cette cause est particuliere au Droit Romain & n'a jamais eu lieu parmi nous dans le pays Coutumier, il n'est pas juste d'en admettre l'effet dans les Coutumes qui ont gardé le silence.

Des raisons si plausibles en apparence n'ont cependant pas trouvé grace devant le Legislateur. L'Ordonnance veut qu'en tous pays les témoins Testamentaires soient *mâles*, sans aucune distinction des Coutumes qui en parlent, d'avec celles qui n'en parlent pas.

Régnicoles & capables des effets civils.

Cette partie de notre Article est conforme au Droit Civil, qui n'admettoit pour témoins Testamentaires que les Citoyens Romains, *presentibus septem testibus civibus Romanis.* On ne peut en effet dans des actes si susceptibles de fraude, employer le témoignage de personnes trop connuës.

Mais il ne suffit pas que ces personnes soient connuës, il faut encore qu'elles soient à l'abri de tout soupçon par leur probité & par leur conduite, autant qu'il se peut; d'où il suit que ceux qui sont incapables des effets civils, ont une double imcapacité pour rendre témoignage dans les Testamens; la premiere résulte de ce qu'étant retranchés de la société civile, ils ne peuvent faire ni contribuer à la perfection d'aucun Acte de cette même société dont ils ne sont plus membres; la secon-

de conſiſte en ce qu'ayant été pour l'ordinaire bannis de la ſociété pour leurs crimes, leur témoignage eſt plus capable de répandre des ſoupçons ſur le Teſtament que d'en aſſurer la vérité & l'authenticité. Le Paragraphe *Teſtes VI. inſtit. de Teſtam. ordin.* les déſigne auſſi parmi ceux qui ne peuvent être témoins Teſtamentaires, en ces termes, *neque ii, quos leges jubent improbos, inteſtabileſque eſſe, poſſunt in munerum Teſtium adhiberi.*

A l'exception ſeulement du Teſtament Militaire, dans lequel les Etrangers non notés d'infamie pourront ſervir de témoins.

L'exception que fait ici la Loi en faveur du Teſtament militaire eſt infiniment judicieuſe. Il peut en effet ſe rencontrer mille occaſions où les Soldats ne ſe trouveroient entourés que d'Etrangers, après avoir été bleſſés à mort dans une Bataille ou être tombés dangereuſement malades chez les Ennemis. Ils couroient donc riſque de mourir *inteſtat*, s'il ne leur eut été permis de ſe ſervir du témoignage des Etrangers. La conduite qu'exige pour cela dans les Etrangers l'Ordonnance, pare tous les inconveniens : elle veut qu'ils ne ſoient point notés d'infamies afin qu'étant d'une réputation ſans atteinte & ſans reproche, ils puiſſent être sûrs & non ſuſpects garans des dernieres diſpoſitions dont ils ont été les témoins.

ARTICLE XLI.

Les Réguliers, Novices ou Profès, de quelque Ordre que ce ſoit, ne pourront être témoins dans aucuns Actes de derniere volonté, ſans préjudice néanmoins de l'exécution des Articles XXV. XXVII. & XXXII. en ce qui concerne le pouvoir de recevoir des Teſtamens; accordé aux Réguliers, en conſéquence des qualités mentionnées auſdits Articles.

Les Réguliers, Novices ou Pro fésd quelqu'ordre que ce ſoit, ne pourron être témoins dans aucuns Actes d derniere volonté.

Nonobſtant la prohibition contenue dar l'Article précédent, de prendre pour témoir teſtamentaires ceux qui ſont morts civile ment, peut-être quelques-uns auroient-ils p croire, que les Religieux, quoique devenu incapables volontairement des effets civils doivent être exceptés, étant préſumés avo plus de probité que le commun, par la v réguliere qu'ils profeſſent, & par conſéque être en état de rendre un témoignage beaucou

plus ſûr que le reſte des hommes.

C'eſt ſans doute par ces conſidérations qu'on n'a fait juſqu'à l'Ordonnance aucune difficulté de confirmer des Teſtamens dans leſquels les Religieux ont été témoins, dans les Parlemens qui ſuivent le Droit écrit. M. de Cambolas (*a*) nous l'aſſure pour le Parlement de Toulouſe ; Boniface (*b*) rapporte pluſieurs Arrêts qui ont jugé la même choſe au Parlement de Provence. Guy Pape (*c*) atteſte l'avoir ainſi vû juger au Parlement de Grenoble. Papon (*d*) fait mention d'un Arrêt ſemblable du même Parlement de l'année 1469. Le Préſident Faber (*e*) décide d'abord, que les Religieux ne peuvent être témoins dans les Teſtamens, parce qu'en cela ils ſe mêleroient des choſes ſéculieres, & qu'il faudroit qu'ils comparuſſent devant le Juge ; *Quia ex hoc ingerunt ſe ſecularibus, & oportebit eos venire coram Judice.* Cependant, dans la ſuite, il ſe laiſſe aller juſqu'à dire qu'ils le peuvent, pourvû que ce ſoit avec la permiſſion de leurs Supérieurs. D'autres Juriſconſultes (*f*) ont été plus hardis que lui, & ont décidé qu'ils le pourroient, même ſans la permiſſion de leurs Supérieurs.

La Juriſprudence du Parlement de Paris eſt toute contraire. Dufreſne (*g*) rapporte un

(*a*) Cambolas, liv. 5. chap. 35.

[*b*] Boniface, ſuite des Arrêts du Parlement de Provence, Tome 3. pag. 19.

[*c*] Guy Pape, déciſ. 517.

[*d*] Papon, recueil d'Arrêt liv. 9 tit premier nomb. 32.

(*e*) Faber Com. ſur les Inſt. *de Teſtam. ord* ſur le mot *Teſtes.*

(*f*) *Julius Clarus, parag. Teſtamentum*, queſt. 45.

[*g*] Journal des Audiences, premier volume.

Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le 22 Mai 1645. qui a jugé que deux Chanoines réguliers de l'Ordre de Saint Augustin n'avoient pû servir de témoins dans un Testament, quoique l'un fut Vicaire de la Paroisse, & l'autre employé à la Sacristie. Mais Ricard (a) qui dit avoir été présent à la plaidoirie & à la prononciation de cet Arrêt, prétend qu'il y avoit dans ce Testament plusieurs autres nullités qui ont pû influer beaucoup sur le jugement.

Cependant le même Ricard rapporte à ce sujet deux autres Arrêts : l'un est du premier Avril 1656 : les enfans de Pierre Bidaud y ont été déboutés de leur demande en ouverture de substitution, parce qu'entre les sept témoins qui avoient assisté au Testament, fait dans le Couvent des Carmes de la Ville de Lyon, il se trouvoit quatre témoins du même Monastère. Par le second Arrêt donné en l'Audience de la Grand'Chambre le 22 Mars 1659. que Ricard lui-même assure avoir ouï prononcer, & qui est intervenu sur la Requête civile obtenue contre le premier, la Cour conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, a confirmé le précédent Arrêt, & a ordonné que l'un & l'autre seroient lûs en l'Audience de la Sénéchaussée de Lyon, avec défenses aux Notaires, d'admettre les Religieux pour témoins dans les Testamens.

Ces deux Arrêts, comme le remarque Ricard, sont d'autant plus considérables, que le Testament dont il s'agissoit, avoit été fait en tems de peste, & que ceux qui le défen-

(a) Ricard des Donations Part. premiere chap. 5. sect. 8.

doient,

doient, rapportoient un Acte de Notoriété de la Sénéchaussée de Lyon avec plusieurs Testamens, par lesquels il étoit pleinement justifié, que l'usage de cette Province étoit de recevoir les Religieux pour témoins dans les Testamens.

L'Ordonnance a adopté cette derniere Jurisprudence, & ne souffre pas que des Religieux qui ont volontairement renoncé au monde, y puissent en quelque sorte rentrer & participer aux fonctions civiles, en rendant témoignage dans les Testamens.

Ce ne sont pas seulement les Réguliers qui ont fait profession, qui sont exclus; ceux-même qui ne sont que Novices participent à la même exclusion : *les Réguliers, Novices ou Profès*, dit l'Ordonnance. Car quoique les Novices ne soient point engagés, quoiqu'ils soient absolument les maîtres de leur état jusqu'après leur profession, cependant tant qu'ils sont Novices, ils portent l'habit de Religieux, ils en remplissent les devoirs, ils en suivent l'état, & par conséquent, ils doivent être sujets pendant tout ce tems, aux interdictions que cet état emporte avec lui.

L'Ordonnance ajoute, *de quelqu'Ordre que ce soit*; cette disposition a principalement pour objet, les Chanoines réguliers de l'Ordre de S. Augustin, & quelqu'autres Réguliers de cette espece, qu'on avoit prétendu vouloir distinguer des autres Religieux, sur le fondement qu'ils sont admis aux fonctions pastorales.

Sans préjudice néanmoins de l'exécution des Articles XXV. XXVII. &

XXXIII. en ce qui concerne le pouvoir de recevoir des Teſtamens accordé aux Réguliers, en conſéquence des qualités mentionnées auſdits Articles.

Les Réguliers, ſuivant l'Aiticle XXV. peuvent recevoir des Teſtamens, quand ils ſont revêtus de la qualité de Curés, dans toutes les Coutumes qui autoriſent les Curés à recevoir les Teſtamens.

Ils peuvent auſſi, conformément à l'Article XXVII. recevoir des Teſtamens Militaires en cas de maladie ou de bleſſures, quand ils ſont Aumôniers des Troupes ou des Hôpitaux.

Enfin l'Article XXXIII. leur confere le pouvoir de recevoir les dernieres diſpoſitions en tems de peſte, quand ils ſont chargés d'adminiſtrer les Sacremens aux malades, ou par état, comme s'ils étoient Curés, Deſſervans ou Vicaires, ou même par une ſimple miſſion particuliere du Supérieur Eccléſiaſtique.

Le préſent Article confirme aux Réguliers ce droit dans les trois cas ci-deſſus mentionnés.

ARTICLE XLII.

Ne pourront pareillement être pris pour témoins les Clercs, ſerviteurs ou domeſtiques du Notaire ou Ta-

bellion, ou autre perſonne publique qui recevra le Teſtament, Codicile ou autre derniere diſpoſition ou l'Acte de ſuſcription.

Avant l'Ordonnance, cette diſpoſition etoit en vigueur dans l'étendue du Parlement de Paris, en vertu d'un Arrêt de Réglement du 2 Juillet 1708. qui a défendu aux Notaires de Blois & à tous autres de ſe ſervir de leurs Clercs pous témoins dans les Teſtamens qu'ils recevront. Notre Ordonnance va plus loin, en ce qu'elle comprend dans la même interdiction les domeſtiques des Notaires, ou de toute autre perſonne publique qui préſideroit à la confection du Teſtament. Et en effet les témoins teſtamentaires n'ont d'autre miſſion que d'éclairer la conduite du Notaire, ou de la perſonne publique qui reçoit le Teſtament, & de corroborer par leur témoignage la vérité & l'autenticité des dernieres diſpoſitions dont le Notaire eſt dépoſitaire. Or ne feroit-ce point faire illuſion à la Loi, en éluder le but & l'objet, que de prendre pour témoins, des gens entierement aux ordres & à la dévotion du Notaire ou autre perſonne publique, comme le ſont leurs domeſtiques ou leurs Clercs?

ARTICLE XLIII.

Les héritiers inſtitués ou ſubſtitués ne pourront être témoins en aucun

cas ; & à l'égard des Légataires universels ou particuliers, ils ne pouront l'être que pour l'Acte de suscription du Testament Mystique dans les Pays où cette forme de tester est reçue.

Les héritiers institués, ou substitués, ne pouront être Témoins en aucuns cas.

Avant l'Empereur Justinien, il étoit permis à l'héritier institué ou substitué d'être témoin. Mais cet Empereur ayant considéré combien il étoit important de ne point souffrir que l'héritier put être témoin dans un Acte où il a le principal intérêt, l'en a exclu formellement dans le paragraphe *Sed neque hæres 10 Instit. de Testam. ordin.* & avec lui tous ceux qui sont dans la même famille, *Sed neque hæres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt* : & voici la raison que l'Empereur en rend ; c'est, dit-il, que tout ce qui se fait pour les solemnités du Testament, ne concerne que le Testateur & son héritier : *Quod hoc totum negotium quod agitur Testamenti ordinandi gratiâ, creditur hodie inter Testatorem & hæredem agi.* Une disposition si juste, ne pouvoit manquer d'avoir la pleine & entiere exécution qu'elle a toujours eüe en effet.

Et à l'égard des Légataires universels ou

particuliers, ils ne pourront l'être que pour l'Acte de suscription du Testament Mystique, dans les Pays où cette forme de tester est reçue.

Quoique la prohibition de porter témoignage dans les Testamens, prononcée avec tant d'équité contre ceux qui y sont héritiers institués ou substitués, eut du avoir lieu aussi pour les Légataires, puisqu'il y a parité de raisons, & qu'on peut aussi bien opposer aux derniers qu'aux premiers la regle, *Nullus idoneus testis in re suâ intelligitur*, cependant l'Empereur Justinien a admis pour témoins testamentaires, les Légataires & les fideicommissaires. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis, testimonium non denegamus; imo in quâdam nostrâ Constitutione, & hoc specialiter eis concessimus* §. *Legatariis* 10 *Instit. de Testam. ordin.* Cette disposition du Droit Romain est non seulement contraire à ses propres principes, mais encore à l'équité naturelle. En effet, permettre à des gens de déposer qu'un défunt a fait un Testament dans lequel il leur a fait tel legs, n'est-ce pas leur permettre de faire eux-mêmes un Testament en leur faveur ? Un Acte qui n'est justifié que par le témoignage de personnes qui ont intérêt de le maintenir, doit toujours être très-suspect dans sa preuve.

C'est pourquoi nos Coutumes ont banni du nombre des témoins testamentaires, les Légataires soit universels soit particuliers, & ont voulu que les Testamens fussent faits en

présence de gens qui n'eussent aucun intérêt personnel à les faire subsister ; & si elles se sont contentées d'un bien plus petit nombre, de témoins que les Loix Romaines, elles ont exigé du moins, qu'ils fussent sans reproches & sans soupçons. La Coutume de Paris entr'autres, Article CCLXXXIX. porte, *qu'avant qu'un Testament soit réputé solemnel, il est requis, qu'il soit passé en présence de témoins mâles, idoines, suffisans & non Légataires.* La Coutume de Saint-Quentin Article XXI. celles d'Amiens Art. LV. de Vermandois Article LVIII. de Rheims Art. CCLXXXIX. de Peronne Article CLXII. de Tours Article CCCXXI. de Châlons Article XCVII. de Melun Article CCXLV. de Senlis Article CLXXIII. & de Mante Article CLIII. ont décidé la même chose. Des décisions si sages, & fondées sur les véritables principes de la matiere, ont été étendues aux Coutumes qui n'en parlent pas ; l'Ordonnance fait plus, puisqu'elles les étend jusqu'aux Provinces du Droit écrit, quoique les Loix Romaines qu'elles suivent, ayent des dispositions directement contraires, mais ausquelles l'Ordonnance déroge, comme manifestement injustes & déraisonnables en cette partie.

Elle n'excepte uniquement que les Testamens mystiques, dans l'Acte de suscription desquels les Légataires pouront être témoins, & cette exception est appuyée sur une raison palpable ; le corps du Testament mystique en effet demeure secret, sans que les témoins ayent aucune connoissance de ce qu'il contient. La solemnité de l'Acte de suscription ne se fait qu'après que le Testament

a été clos & scellé ; de sorte que les témoins de l'Acte de suscription, ignorant totalement le contenu du Testament, ne peuvent être accusés d'avoir rendu un témoignage intéressé, quand bien même il se trouveroit par l'événement qu'ils seroient Légataires. Il étoit donc juste d'admettre les témoins Légataires dans cette occasion seulement, puisque c'est la seule, dans laquelle les raisons d'exclusion ne peuvent avoir lieu à leur égard.

ARTICLE XLIV.

Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins est suffisant pour la validité des Testamens, Codiciles, ou autres dispositions de derniere volonté, il ne pourra y être admis que des témoins qui sçachent & puissent signer, à l'exception néanmoins des cas mentionnés dans les Art. XXVIII. *&* XXXIV. *ci-dessus.*

Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins est suffisant pour la validité des Testamens, Codiciles ou autres dispositions de derniere volonté, il ne pourra y être admis

que des témoins qui ſçachent & puiſſent ſigner.

Cet Article a principalement pour objet les Teſtamens des pays Coutumiers dans leſquels le nombre de deux témoins eſt ſuffiſant. Comme nous n'avons aucunes Coutumes qui ayent fait une néceſſité formelle de la ſignature des témoins, on avoit ſuivi pour ces ſortes de Teſtamens, juſqu'à l'Ordonnance nouvelle dont il s'agit, les formalités que l'Ordonnance de Blois preſcrit pour la ſignature des témoins dans les Contrats en général par l'Article 165. c'eſt-à dire, que lorſque le Teſtateur ſignoit avec le Notaire, la ſignature des témoins étoit inutile & ſuperfluë; mais ſi le Teſtateur ne pouvoit ou ne ſçavoit le faire, il falloit y ſupléer par la ſignature d'un des témoins du moins, ſi l'Acte ſe faiſoit dans une Ville ou dans un gros Bourg où l'on fut à portée de trouver des témoins qui ſçuſſent ſigner. Voici la diſpoſition de cet Article 165. de l'Ordonnance de Blois. *Et afin d'obvier aux ſuppoſitions & fauſſetés qui ſe peuvent commettre pour ce regard, Nous voulons qu'ès lieux où juſqu'à préſent a été permis qu'un ſeul Notaire en préſence de deux témoins, puiſſe recevoir & paſſer Contrats, Teſtamens & autres Actes, ledit Notaire, (s'il eſt ès Villes ou gros Bourgs, eſquels vraiſemblablement on puiſſe avoir témoins qui ſçachent ſigner, & au cas que la partie qui s'oblige ne puiſſe ſigner) ſoit tenu appeller pour témoins un témoin qui ſçache ſigner & lequel actuellement ſignera avec lui la minutte.*

L'Ordonnance ne s'eſt point contentée de cette précaution quant aux Teſtamens; &

comme il eſt beaucoup plus facile de ſurprendre un Teſtateur pour l'ordinaire moribond ou du moins accablé par la maladie, qu'un homme qui paſſe un Contrat ou un autre Acte avec toute la ſanté d'eſprit & de corps poſſible, elle veut que ſoit que le Teſtateur ſigne ou ne ſigne pas, les deux témoins Teſtamentaires ſignent toujours & indiſtinctement avec le Notaire, afin de ne point laiſſer cet Officier ſeul maître du Teſtament, ſi ſa ſignature ſuffiſoit pour le rendre authentique. Et pour cet effet il faut néceſſairement, dans le cas où deux témoins ſuffiſent avec le Notaire, en trouver qui ſçachent & puiſſent ſigner.

A l'exception néanmoins des cas mentionnés dans les Articles XXVIII. & XXXIV.

Ces cas ſont pour les Teſtamens militaires & pour ceux faits en tems de peſte, dans leſquels la ſignature des deux témoins n'eſt néceſſaire que lorſque le Teſtateur ne ſçait ou ne peut ſigner; mais ſi le Teſtateur ſigne, il ſuffit de faire mention alors que les témoins ont déclaré ne ſçavoir ou ne pouvoir ſigner, s'ils ſont dans l'ignorance ou dans l'impuiſſance de ſigner le Teſtament.

ARTICLE XLV.

Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins n'eſt

pas suffisant, il ne pourra pareillement être admis que des témoins qui sçachent & puissent signer lorsque les Testamens, Codiciles ou autres dispositions à cause de mort, se feront dans les Villes ou Bourgs fermés. Voulons que dans les autres lieux il y ait au moins deux témoins qui sçachent & puissent signer; & à l'égard de ceux qui ne sçauront ou ne pourront le faire, il sera fait mention qu'ils ont été présens, & ont déclaré ne sçavoir ou ne pouvoir signer.

Cette disposition regarde les Provinces de Droit écrit & elle est conforme à la Loi *hâc consultissimâ VIII. Cod. Qui testam. facere poss.* qui veut que les sept témoins souscrivent & posent leurs sceaux au bas du Testament: En voici les termes: *finem autem Testamenti suscriptiones & signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem à testibus ac non signatum Testamentum pro infecto haberi convenit.* Quoique cette Loi n'ait pas été observée parmi nous avec beaucoup de régularité, quant à l'apposition des sceaux qui n'a plus lieu dans notre usage comme nous l'avons déja remarqué en son lieu, le chef néanmoins qui concerne la signature des témoins a toujours été

regardé comme une des formalités les plus eſſentielles & les plus néceſſaires à la validé du Teſtament dans tous les pays ſoumis au Droit écrit. L'Ordonnance en reconnoît & en adopte la néceſſité, avec diſtinction : ſi le Teſtament eſt fait dans une Ville ou dans un Bourg fermé, comme il eſt aiſé d'y trouver ſept perſonnes qui ſçachent ſigner, la Loi aura ſon accompliſſement dans toute ſa plénitude, & il faudra alors choiſir des témoins qui ſoient en état de ſigner. Mais ſi le Teſtament ſe fait dans d'autres lieux moins conſidérables, comme dans un Village, dans un Hameau, en ce cas il ſera ſeulement néceſſaire que des ſept témoins, il y en ait au moins deux qui ſignent avec l'Officier public. Notre Ordonnance a jugé à propos d'apporter, pour ce dernier cas, cette modération à la Loi, parce que ce ſeroit preſque toujours réduire un Teſtateur à l'impoſſible que de l'obliger à trouver dans un Village ou un Hameau ſept perſonnes qui ſçachent ſigner. Il n'y a pourtant pas lieu de craindre que ſon indulgence ſur ce point puiſſe être préjudiciable à la ſûreté du Teſtament ; puiſqu'au moyen de la ſignature de deux des témoins, ces ſortes de Teſtamens ſe trouvent encore au niveau de ceux des pays Coutumiers, dans leſquels la préſence de deux témoins ſeulement & leur ſignature ont toujours été regardées comme ſuffiſantes, pour aſſurer la vérité d'une diſpoſition de derniere volonté.



ARTICLE XLVI.

Voulons au furplus que les difpofitions du Droit écrit & autres Loix, Coutumes ou Statuts, en ce qui concerne la qualité defdits témoins, foient exécutées en tout ce qui n'eft pas contraire aux fix Articles précédens.

Les principales qualités requifes pour les témoins Teftamentaires par le Droit Romain font qu'ils ne foient, ni femmes, ni impuberes, ni efclaves, ni furieux, ni muets, ni fourds, ni interdits, ni infames. *Teftes autem adhiberi poffunt ii cum quibus Teftamenti factio eft. Sed neque mulier, neque impubes, neque fervus, neque furiofus, neque mutus, neque furdus, neque is cui bonis interdictum eft, neque ii quos leges jubent improbos inteftabilefque effe, poffunt in numerum teftium adhiberi* (a).

La plûpart de nos Coutumes ne s'étendent pas beaucoup fur les qualités que doivent avoir les témoins pour les Teftamens. Celle de Paris entr'autres fe contente d'exiger que les témoins foient *Idoines, fuffifans, mâles, âgés de vingt ans accomplis & non Légataires* (b).

Mais on a toujours donné beaucoup d'éten-

(a) *Inftit. de Teftament. ord. parag. Teftes.*
(b) Paris, Article 189.

duë à ces deux mots *idoines* & *suffisans* ; & on a toujours exclu à la faveur de ces termes, ceux qui sont portés d'infamie, les furieux, les interdits, les morts civilement, en un mot tous ceux qui sont déclarés incapables par les Loix Romaines.

ARTICLE XLVII.

Toutes les dispositions de la présente Ordonnance qui concernent la datte & la forme des Testamens, Codiciles, ou autres Actes de derniere volonté & les qualités des Témoins, seront exécutées à peine de nullité ; sans préjudice des autres moyens tirés des dispositions des Loix ou des Coutumes, ou de la suggestion ou captation desdits Actes ; lesquelles pourront être alleguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet, pour y avoir par nos Juges tel égard qu'il appartiendra.

Toutes les dispositions de la présente Ordonnance qui concernent la datte, & la forme des Testamens, Codiciles,

ou autres Actes de derniere volonté & les qualités des témoins, seront exécutées à peine de nullité, sans préjudice des autres moyens tirés des dispositions des Loix ou des Coutumes.

Tout ce qu'ont prescrit les Ordonnances, Loix & Coutumes sur la forme des Testamens, sur le nombre & les qualités des témoins, sont autant des sages temperamens & de précautions judicieuses qu'elles ont prises pour s'assurer, autant qu'il est possible, de la vérité & de l'inaltération des dernieres dispositions des hommes. Le Legislateur ne reconnoît de dernieres volontés véritables & n'en adopte, qu'autant qu'elles sont marquées au coin qu'il a donné lui-même. S'il leur manque quelq'une des formalités qu'il a jugées nécessaires, elles sont présumées fausses ou alterées; & par-là, elles tombent d'elles-mêmes & sont nulles de plein droit.

Ou de la suggestion ou captation desdits Actes, lesquelles pouront être alléguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet; pour y avoir par nos Juges tel égard qu'il appartiendra.

Il n'est point douteux que la suggestion & la captation, quand elles sont bien prouvées, attaquent encore radicalement le Testament. Car un Testament suggeré est moins l'ouvrage

de la volonté du Testateur que l'expression déguisée d'une volonté étrangere.

Mais on a demandé si les faits de suggestion & de captation pouvoient être admis sans qu'on passât à l'inscription de faux.

Les raisons de douter étoient, que dans presque toute la France Coutumiere les Loix municipales desirent pour formalités que les Notaires inserent dans les Testamens qu'ils ont été dictés par le Testateur, ou qu'ils ont été faits sans suggestion de personne; d'où il semble que lorsque le Notaire a observé cette formalité, & qu'il a mis cette clause dans le Testament que l'on prétend débattre de suggestion, pour lors comme il s'agit de détruire le contenu en un Acte authentique & solemnel, il est nécessaire que celui qui veut intenter cette action, passe en exéution de l'Ordonnance, jusqu'à l'inscription de faux. Ce sont même ces raisons qui ont déterminé Ricard à décider que très-fréquemment en pays Coutumier les faits de suggestion n'étoient recevables que par la voye de l'inscription de faux (*a*).

On peut dire au contraire que l'inscription de faux est nécessaire à la vérité quand une piéce est fausse purement & materiellement. Mais il faut extrêmement distinguer un faux pur & matériel, d'avec une fraude, d'avec un déguisement. *Aliud merum falsum*, *aliud fraus*, *aliud simulatio*, dit Dumoulin, sur l'Article III. de l'Article XXXI. de la Coutume de Nivernois. Or, dans l'espece, il peut n'y avoir aucun faux matériel. Car tout ce qui résulte de l'énonciation de l'Acte, c'est qu'il a

(*a*) Ricard des Donations, part. III. Chap. prem.

paru aux Notaires que le Teſtament a été dicté ſans ſuggeſtion, & cela peut être vrai. Mais il peut ſe faire néanmoins que quoiqu'il paroiſſe au Notaire, & quoique le Teſtateur ait dicté lui même toutes les diſpoſitions du Teſtament, il ait été préparé & induit auparavant, & qu'il n'ait en quelque ſorte fait autre choſe, en dictant lui-même le Teſtament, que répeter exactement la leçon qu'on lui avoi faite avant l'arrivée du Notaire. En effet, qu'eſt-ce que la ſuggeſtion ? eſt-ce autre choſe qu'une fauſſeté artificieuſement déguiſée, par laquelle celui qui employe cette voye odieuſe ſubſtitue ſa volonté au lieu & place de celle d'un autre, & fait tant néanmoins par artifice que le Teſtateur la conſent & la prononce Ainſi, comme il peut arriver ſouvent que le Notaire ait été trompé lui-même, & que par conſéquent il n'y ait point de faux pur & matériel dans ſon Acte, les faits de ſuggeſtio & de captation peuvent, même en pays Coutumiers, être dans ce cas propoſés ſans paſſe à l'inſcription de faux ; notre Ordonnance l décide de cette maniere.

On ne trouve rien de formel ſur cette queſtion dans la Juriſprudence qui a précédé l'Ordonnance. Nous avons un Arrêt donné l 20 Avril 1682. en la troiſiéme Chamb des Enquêtes, au rapport de M. de Mon chal, qui a infirmé la Sentenc du Bailli d Comté de Beauvais, laquelle avoit admis l faits de ſuggeſtion articulés contre le Teſt mentde la Veuve Dubos. Mais on ne peut co clure de cet Arrêt que la Sentence de Bea vais ait été infirmée parce qu'on n'avoit poi paſſé à l'inſcription de faux ; car le Teſtame

e

en queſtion avoit été infirmé par un Codicile fait trois ans après ; ce qui faiſoit tomber les faits de ſuggeſtion articulés.

Nous avons un autre Arrêt rendu en la Grand'Chambre au mois de Janvier 1683. au rapport de M. Petit, qui ſembleroit d'abord avoir décidé la queſtion conformément à l'Ordonnance, puiſqu'il a admis, ſans inſcription de faux, la preuve des faits de ſuggeſtion articulés contre le Teſtament de Me Jean Adrien Curé de Gouincourt. Mais on ne peut encore faire un uſage bien formel de cet Arrêt dans la queſtion préſente : parce qu'outre les faits de ſuggeſtion, on alléguoit encore des faits de ſuppreſſion & de ſuppoſition d'autre Teſtament.

L'Ordonnance ajoute, *pour y avoir par nos Juges tel égard que de raiſon.* Rien n'eſt plus difficile en effet, que de réuſſir dans la preuve de la ſuggeſtion & captation. Car 1°. pour y être admis, il faut articuler les faits les plus poſitifs. 2°. Quand la preuve de ces faits eſt une fois admiſe, il faut, pour qu'on y ait égard, qu'elle ſoit fondée ſur le témoignage de perſonnes exemptes de toute ſuſpicion.

C'eſt une maxime au Palais, que la preuve de la ſuggeſtion ne peut être admiſe contre les Teſtamens *holographes.* Cette regle n'eſt pourtant pas ſans exception. Mais quant aux autres Teſtamens, on n'eſt pas tout-à-fait ſi ſcrupuleux, parce que le Teſtateur n'y met pas à beaucoup près, tant du ſien, que dans le Teſtament holographe.

ARTICLE XLVIII.

Voulons que les Notaires, Tabellions ou autres perſonnes publiques, comme auſſi les témoins qui auroient ſigné les Teſtamens, Codiciles, ou autres Actes de derniere volonté, ou les Actes de ſuſcription des Teſtamens myſtiques, ſans avoir vû le Teſtateur & ſans l'avoir entendu prononcer ſes diſpoſitions, & les lui avoir vû préſenter lors de ladite ſuſcription, ſoient pourſuivis extraordinairement à la requête de nos Procureurs & de ceux des hauts Juſticiers, & condamnés, ſçavoir leſdits Notaires, Tabellions ou autres perſonnes publiques, à la peine de mort, & les témoins, à telles peines afflictives ou infamantes qu'il appartiendra.

On trouve dans les Loix Romaines des textes formels, non ſeulement contre ceux qui fabriquent des Teſtamens auſquels les dé-

ſunts n'ont eu aucune part, mais encore contre les témoins qui les ſignent, & généralement contre tous ceux qui prêtent leur miniſtere pour faire réuſſir de pareils Teſtamens, ou qui empêchent que les véritables ne parviennent à la connoiſſance du public. *Qui Teſtamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interleverit, ſubjecerit, reſignaverit, quive Teſtamentum falſum ſcripſerit, ſignaverit, recitaverit dolo malo, cujusque dolo id factum erit, legis Corneliæ pœnâ damnetur. L. 2. D. in Leg. Cornel. de falſis.*

Nos Ordonnances n'ont pas marqué moins de ſévérité dans ces ſortes d'occaſions, que le Droit écrit. François I. dans celles des années 1531. & 1535. a ordonné que tous ceux qui paſſeroient faux Contrats, ou porteroient faux témoignages, ſoient punis de mort. Mais dans l'uſage on a modéré la rigueur de la Loi, de ſorte que le faux, dans un particulier ſans caractere, eſt ordinairement puni à peu près comme chez les Romains, ou du banniſſement, ou de la confiſcation de biens, ou de la marqne avec amende honorable. Mais la peine de mort a toujours eu lieu, lorſque le faux eſt commis par un Notaire ou un autre Officier dans l'exercice de ſa charge.

Notre Ordonnance, en conformité de cet uſage, punit ici les Notaires avec plus de rigueur, que les témoins qui auroient participé aux faux du Teſtament, en le ſignant ſans avoir vu ni entendu le Teſtateur. Car à l'égard des témoins, le Légiſlateur ſe contente de dire, qu'ils ſeront punis de telles peines affictives & infamantes qu'il appartiendra. Mais quant aux Notaires, il ne laiſſe point de

choix aux Juges, & il veut qu'ils ſoient, ſans modération, punis de mort.

Une peine auſſi grave doit contenir les Notaires dans la plus grande circonſpection ſur eux-mêmes. Tout le monde ſçait, qu'ils ſont dans l'uſage, pour les Contrats ordinaires, de les intituler *pardevant les Notaires ſouſſignés*; quoiqu'ils ne ſoient paſſés tout au plus, que devant le Notaire qui garde la minutte, & que le Notaire qui ſigne en ſecond pour la forme, n'ait aucune connoiſſance ni des parties contractantes, ni de leurs conventions & ſtipulations. Ce qui eſt pourtant un abus, pour ne pas dire un faux, contraire aux diſpoſitions textuelles des Ordonnances, qui n'attribuent le caractere d'authenticité aux Actes, qu'autant qu'ils ſont paſſés en préſence de *deux Notaires*, ou en préſence d'un Notaire & de deux témoins.

Il eſt vrai que pour les Teſtamens, outre ces termes de ſtile *pardevant les Notaires ſouſſignés*, ils ont coutume de faire mention à la fin de l'Acte, que les diſpoſitions en ont été dictées à l'un des Notaires ſouſſignés, *l'autre préſent*. Nous pouvons même ajouter, que nous avons une connoiſſance perſonnelle, que cette énonciation eſt exacte & véritable dans la plûpart des Teſtamens que reçoivent les Notaires de Paris. Nous ne pouvons trop exhorter les autres à ſuivre cet exemple, par la conſidération de leur propre intérêt, puiſqu'il y va pour eux de la vie.

Quant aux témoins, la Peyrere (*a*) a prétendu qu'un Teſtament fait en tems de peſte

[*a*] La Peyrere lét. T. n. 118.

étoit bon, quoique les témoins n'euſſent pas vu le Teſtateur, pourvû qu'ils déclaraſſent l'avoir connu à la voix ; mais il s'eſt retracté enſuite, & a même rapporté un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 13 Mai 1666. qui a déclaré un pareil Teſtament nul.

TITRE III.

De l'inſtitution d'Héritier dans les Teſtamens.

L'Inſtitution d'Héritier eſt la baze de tout Teſtament en Pays de Droit écrit. Les Loix Romaines n'en connoiſſent point d'autres que ceux qui ont ce caractere. Toutes les autres diſpoſitions à cauſe de mort ne peuvent participer, ni aux priviléges, ni à la dénomination de Teſtament. On les appelle en Droit Codiciles.

Cette inſtitution ſi eſſentielle en Pays de Droit écrit, peut être de

deux ſortes, ou pure & ſimple, ou à la charge d'élire un autre héritier.

L'inſtitution pure & ſimple elle-même peut être ou néceſſaire ou volontaire. Elle eſt néceſſaire, quand le Teſtateur a des deſcendans ou des aſcendans que la Loi ne lui permet pas de paſſer ſous ſilence, ſans une ſorte d'ignominie, & qui par cette raiſon ſont authoriſés à ſe plaindre du Teſtament dans le cas de prétérition, & même dans le cas d'inſtitution, lorſqu'on leur a laiſſé moins que leur légitime.

L'Ordonnance, après avoir rejetté dans l'Article XLIX. les inſtitutions d'héritier faites au profit de ceux qui ne ſont ni nés ni conçus, régle tout ce qui concerne l'inſtitution néceſſaire d'héritier, pour ceux qui ont droit de légitime, depuis l'Article L. juſques & y compris l'Article LVI. Les Articles LVII. LVIII. LIX.

& LX. décident quelles sont les détractions qu'ils sont en droit de prétendre independamment de leur légitime. L'Article LXI. fixe la quotité de la légitime des ascendans jusqu'alors fort controversée entre les Jurisconsultes.

Les Articles LXII. LXIII. LXIV. LXV. & LXVI. ont pour objet les institutions faites à la charge d'élire, & l'Article LXVII. regarde la clause Codicillaire.

Enfin les Articles LXVIII. & suivans jusques & y compris le LXXIII. distinguent les cas où les dispositions Testamentaires doivent valoir comme institution ou comme legs universels, lorsque le domicile du Testateur & le lieu de la situation des biens sont régis par des loix différentes.

ARTICLE XLIX.

L'institution d'héritier faite par Testament, ne pourra valoir en au-

cun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étoient ni nés ni conçus lors du décès du Testateur.

Il est essentiel à la qualité d'héritier institué, que cet héritier prenne la place du défunt après sa mort, & que l'hérédité ne coure point risque de demeurer vacante, & sans maître qui puisse en excercer les droits & acquitter les charges. Or si celui au profit de qui l'institution est faite, n'étoit ni né ni conçu lors du Testament, les choses seroient exactement dans cette position ; ce seroit une institution idéale & chimérique, puisque l'existence future de l'héritier institué, ne seroit pas plus certaine que son inexistence ; & par cela même, une pareille institution ne peut être la base & le fondement d'un Testament en Pays de Droit écrit, où l'institution d'héritier en forme l'essence & le caractérise.

ARTICLE L.

Dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du Testament, ceux qui ont droit de légitime, seront institués heritiers, au moins en ce que le Testateur leur donnera, & l'institution

titution faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris; ce qui aura lieu même à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du Testament, & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du Testateur.

Dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du Testament, ceux qui ont droit de légitime, &c.

Comme il n'est question dans cet Article & dans beaucoup d'autres qui suivent, que de ceux qui ont droit de Légitime, sans qu'aucun explique quels sont ceux qui ont ce droit, il est absolument nécessaire d'en faire l'énumération, & même auparavant d'expliquer en quoi consiste le droit de légitime.

La Légitime, comme tout le monde sçait, est une portion qui est due, de droit naturel, aux enfans dans les biens de leurs peres & meres ou autres ascendans.

La Légitime n'est pas la même, pour la quotité, en Pays Coutumier, que dans les Pays de Droit écrit.

Dans le Droit Romain, elle a même été différente suivant les tems. Lors de son éta-

bliſſement, elle n'étoit que de la quatriéme partie de ce qui eut appartenu *ab inteſtat* aux enfans, c'eſt-à-dire, qu'elle conſiſtoit dans le quart de tous les biens que le défunt laiſſoit par ſon décès. Mais la Novelle XVIII. de l'Empereur Juſtinien l'a augmentée, en la fixant à la troiſiéme partie de tous les biens du Teſtateur, s'ils n'étoient que quatre enfans & au-deſſous, & à la moitié, s'ils excédoient ce nombre, c'eſt-à-dire, s'ils étoient cinq & au-deſſus. Telle eſt la regle actuelle en Pays de Droit écrit.

Mais en Pays Coutumier, & dans la Coutume de Paris entr'autres, la Légitime eſt la moitié de la part & portion que chacun enfant eut eüe dans la ſucceſſion de ſes pere & mere, ayeul ou ayeulle, ou autres aſcendans, ſi les pere & mere ou autres aſcendans n'euſſent diſpoſé par Donations entre-vifs ou actes de derniere volonté; ſur le tout déduit les dettes & frais funéraires. C'eſt la diſpoſition textuelle & littérale de la Coutume de Paris, Art. CCXCVIII. ſur cela s'eſt élevée une queſtion, qui eſt de ſçavoir, ſi dans les Coutumes qui n'ont aucune diſpoſition expreſſe ſur la quotité de la Légitime, on doit ſuivre la Coutume de Paris ou le Droit écrit. Ricard (*a*) eſt d'avis, que dans ces Coutumes, on doit ſuivre le Droit, & il fonde ſon opinion ſur ce que les Coutumes qui ſe taiſent ſur ce point, ſont cenſées s'être ſoumiſes au Droit Romain,

Mais ce ſçavant Auteur a-t'il oublié en cet endroit, qu'il étoit convenu un peu auparavant, que la proportion & l'égalité ſe rencon-

(*a*) Ricard des Donations part. III. chap. 8. ſect. 6

troient bien plus avantageusement dans la Coutume de Paris, que dans le Droit écrit ; attendu que dans cette Coutume, la portion des enfans se trouve toujours égale ; c'est la moitié de ce que chacun d'eux eut pû prétendre, cessantes les dispositions du pere, à quelque nombre que les enfans puissent monter ; au lieu que par la disposition du Droit écrit, quatre enfans n'en ont pas davantage à eux tous, que s'il n'y en avoit qu'un seul, & vingt enfans ensemble ne profiteront pas davantage des biens de leur pere, que s'il n'en avoit laissé que cinq. Ainsi puisque de l'aveu même de Ricard, la disposition de la Coutume de Paris est plus juste & plus raisonnable que celle du Droit écrit sur ce point, pourquoi ne la pas préférer dans des Coutumes, où le Droit écrit n'a pas force de Loi, & où l'on ne lui donne autorité que comme raison écrite ? D'ailleurs Ricard convient que les Coutumes qui ont été réformées depuis celle de Paris, sçavoir Orléans, Calais & Chauny, ont toutes trois adopté la proportion sage établie par la Coutume de Paris. On doit donc présumer que les Coutumes qui gardent le silence sur ce point, auroient pris le même parti, si elles avoient été réformées depuis celle de Paris : & par conséquent la Coutume de Paris doit servir de regle dans les Coutumes qui ne décident rien formellement sur la quotité de la Légitime.

Ricard pour appuyer son opinion, cite trois Arrêts, l'un du dernier Mars 1618. un autre du 20 Août 1609. & un dernier du premier Avril 1610. Mais depuis ce tems, la Jurisprudence a changé & a jugé conformément à

la Coutume de Paris par un Arrêt rendu en la quatriéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Vaurouy le 30 Juillet 1661. pour la Coutume de Troyes. La même chose a été encore décidée par un Arrêt plus récent du 10 Mars 1672. en l'Audience de relevée en la Grand'Chambre contre les conclusions de M. l'Avocat Général. Il s'agissoit des biens de la Maison de Guimenée, situés en différentes Coutumes, où la quotité de la Légitime n'étoit pas déterminée.

A présent que l'on a expliqué ce que c'est que la Légitime, & en quoi elle consiste; il ne reste plus qu'à examiner quels sont ceux qui en ont le droit. Il faut encore distinguer sur ce point, les Pays Coutumiers d'avec ceux de Droit écrit. En Pays Coutumier, les seuls descendans ont droit de Légitime. Mais en Pays de Droit-écrit, il n'en est pas de même.

Les ascendans aussi bien que les descendans y ont droit de Légitime: & même parmi les collatéraux, les freres & les sœurs consanguins, quand l'institution est faite d'une personne infâme. Mais quant à ce dernier cas, il faut observer que notre usage a encore encore encheri sur les Loix Romaines, puisque une personne infâme étant incapable parmi nous d'institution d'héritier, les freres & les sœurs consanguins peuvent faire annuller l'institution pour le tout.

L'état de la Jurisprudence Romaine a plusieurs fois changé, par rapport à ceux qui ont droit de Légitime. D'abord il leur étoit permis par la Loi de faire casser le Testament, non seulement lorsqu'ils n'avoient point été

institués, mais même lorsque la Légitime ne leur avoit point été laissée en entier.

Ensuite, pourvû que le Testateur leur eut laissé la moindre chose, soit par institution, legs, fidei-commis, ou donation à cause de mort, il ne leur fut plus permis d'attaquer le Testament, sauf à eux cependant à demander le supplément de leur Légitime. C'est la disposition précise de la Loi *Omni modo 30. Cod. de inoffic. Testam.*

Mais l'Empereur Justinien a jugé à propos de faire encore quelque changement à cette Jurisprudence; & en prenant un peu de l'ancienne & un peu de la nouvelle, il a ordonné par la Novelle CXV. (Chapitre 3 & 4) que les ascendans & les descendans seroient censés exhérédés, si le Testateur ne leur laissoit quelque chose, à titre d'institution d'héritier.

Néanmoins, quoique la Novelle CXV. soit postérieure à la Novelle XVIII. & que ce soit parconséquent cette premiere qui régle le dernier état de la Jurisprudence Romaine sur cette matiere, plusieurs Jurisconsultes très-éclairés, ont cru que la Légitime pouvoit être laissée, même aux descendans, à quelque titre que ce fut. Ils se sont sans doute laissés prévenir, sans approfondir, par l'opinion du Docteur Irnerius, à qui nous sommes redevables de la distribution des dispositions des Novelles, sous les titres du Code auxquels elles ont rapport, & qui est tombé dans cette erreur. Et cette erreur avoit si fort prévalu sur tout dans les Provinces de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris, qu'elle s'étoit en quelque sorte convertie en usage.

Cependant la question s'étant présentée au

même Parlement de Paris, dans une eſpéce très-avantageuſe (car il s'agiſſoit d'un Teſtament fait par un Pere entre ſes Enfans) la Cour réforma cet uſage abuſif, tout invétéré qu'il étoit, en déclarant nul le Teſtament, par le défaut d'inſtitution d'un des Legitimaires ; l'Arrêt eſt du vingt-quatre Juin 1644. Notre Ordonnance y eſt conforme.

Et l'inſtitution ſera faite en les appellant par leurs noms, ou en les déſignant de telle maniere que chacun d'eux y ſoit compris.

Il s'étoit élevé une difficulté ſur l'interprétation de la Loi; c'étoit de ſçavoir s'il étoit néceſſaire que ceux qui ont droit de légitime, fuſſent inſtitués nommément ou ſeulement en termes généraux. La Juriſprudence des Parlemens n'a point été uniforme ſur cette queſtion. Au Parlement de Grenoble, (*b*) l'inſtitution des légitimaires, en termes généraux, étoit ſuffiſante. Au contraire au Parlement de Toulouſe, (*c*) ſans avoir égard à cette inſtitution générale, ſur la querelle d'inofficiſioté propoſée par une ayeulle, on a déclaré le Teſtament fait par ſon petit-fils nul. Notre Ordonnance confirme la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, avec cette reſtriction conforme au ſentiment de Ricard, que ſi chacun des Légitimaires eſt déſigné d'une maniere particuliere & diſtinctive, cette déſignation équivaut à une inſtitution nominative.

[*a*] Heurys, Tome prem. liv. 5 queſt. 40.
[*b*] Gui Pape, queſt. 459.
(*c*) Maynard, liv. 5. Chap. 11.

Ce qui aura lieu, même à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du Testament, & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du Testateur.

C'est un principe certain dans le Droit Romain, que les Posthumes rompent le Testament de leur Pere, où ils ont été passés sous silence ; parce que leur conception antérieure au décès de leur Pere, quoique postérieure au Testament, rend l'oubli du pere volontaire & par conséquent inexcusable.

Que si cette maxime a lieu, à l'égard des Enfans qui ne sont que conçus lors du décès du Pere, à combien plus forte raison militet-elle en faveur de ceux qui sont nés antérieurement au décès.

ARTICLE LI.

Quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la prétérition ne poura être opposé contre le Testament ; encore que le Testateur eut disposé de ses biens en faveur d'un étranger.

Quelque modique que soit l'effet ou la

somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la pretérition ne poura être opposé contre le Testament.

Comme la Novelle CXV. se contente qu'il ait été laissé quelque chose à titre d'Héritier, à ceux qui ont droit de légitime, pour qu'ils soient censés n'etre pas exheredés, il semble par une suite nécessaire, que quelque modique que soit la chose laissée, fut elle même une chose particuliere elle ne peut être un prétexte légitime à la querelle d'inofficiosité; parce qu'il paroît évidemment en cela que l'intention du Législateur a été de conserver principalement aux héritiers légitimaires, l'honneur du titre d'héritier, qui ne pouvoit leur être ôté & refusé dans un Acte aussi solemnel qu'un Testament, sans répandre une espece d'opprobre & de tache sur eux.

Cependant Dumoulin (a) décide qu'il faut que la chose laissée aux Héritiers Légitimaires soit considérable; attendu que si elle étoit de vil prix & qu'elle dût paroître ridicule à un homme de bien, au lieu de diminuer, elle augmenteroit la fraude du Testament & par conséquent ne pourroit en empêcher la nullité & la révocation. *Et intelligo derelicto utili & considerabili, quia si esset vilissimum & ridiculum quod vir bonus arbitrabitur, non minueret sed augeret fraudem & Testamentum*

(a) Dumoulin, Traité *de inofficiosis Testam. & Donat.* n. 62.

revocandum & ad nihilum reducendum. Alexandre est aussi du même avis (*a*).

Mais Ricard pense tout différemment (*b*) & il a pour lui la Jurisprudence des Arrêts. Cet Auteur en cite un, qui étoit récent alors & rendu même depuis la premiere Edition de son Livre, en l'Audience de la Grand'Chambre, le vingt Juillet 1665. confirmatif d'une Sentence du Juge des lieux, laquelle avoit ordonné l'éxécution d'un Testament fait par un fils du pays de Lyonnois, qui n'avoit point d'Enfans. La Mere prétendoit faire casser ce Testament principalement à cause de la modicité du Legs, que lui avoit fait son fils, en l'instituant Héritiere.

Un Arrêt du Parlement de Toulouse du dix Février 1596. (*c*) a confirmé le Testament d'une Mere, quoiqu'elle n'eût institué l'un de ses fils qu'en cinq sols. Le même Parlement rendit un autre Arrêt tout semblable & qui fut même prononcé en Robes rouges le vingt-huit Mars 1600. Automne (*d*) témoigne aussi que c'étoit l'usage du Parlement de Bordeaux. Enfin le Journal du Palais nous fournit un Arrêt du Parlement d'Aix du dix Juin 1679. confirmatif du Testament d'un Pere, qui avoit institué sa fille unique, son héritiere particuliere d'une somme modique de dix-huit livres, sans même la qualifier du nom de sa fille, en haine de sa femme dont la conduite lui avoit été suspecte.

[*a*] Alexandre premier vol Cons. 37.

(*b* Ricard, traité des Donations troisiéme part. chap. 8. sect 2.

[*c*] Cambolas decis. notab. de droit, liv. 2. Chap. 15. Recueil d'Arrêts de M. le Président de Letang, chap. 6.

(*d*) Automne sur la Coutume de Bordeaux, Art. LXI.

C'eſt d'après une Juriſprudence auſſi conſtante & auſſi uniforme dans tous les Parlemens du Royaume, que notre Ordonnance a décidé que la modicité de l'effet ou de la ſomme laiſſée à ceux qui ont droit de légitime, n'étoit point un moyen pour eux, d'attaquer le Teſtament par le vice de la prétérition, pouvû que la choſe, toute modique quelle eſt, leur ait été laiſſée à titre d'héritiers.

Encore que le Teſtateur eût diſpoſé de ſes biens en faveur d'un étranger.

Pluſieurs ont cru, d'après la Loi *I.* §. *10. dig. de Carbon. edicto*, que c'étoit une eſpéce de prétérition de la part du Pere, d'inſtituer ſon fils en une ſomme modique, en laiſſant preſque l'univerſalité de ſes biens à un Etranger, & que cette préference injuſte pouvoit vitier le Teſtament. Cependant en conſidérant les choſes plus murement, on trouve que la modicité de l'inſtitutiou ne fait aucun tort à l'héritier inſtitué de cette maniere; puiſqu'il peut la réparer par le reméde que lui donne la Loi même, c'eſt-à-dire, par la demande en ſupplément de Légitime.

ARTICLE LII.

Ceux à qui il aura été laiſſé moins que leur légitime à titre d'inſtitution, pouront former leur demande en ſupplément de légitime; ce qui au-

ra lieu à l'avenir, dans les pays même dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, où a été prohibée dans certains cas.

L'Action en supplément de légitime pour les Héritiers légitimaires, à qui il a été laissé moins que leurs légitimes par leur institution, a son fondement dans le Droit Romain. La Loi *omni modo 30. Cod. de inoffic. Testam.* le décide formellement en ces termes : *liceat vero his personis, quæ Testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitimâ sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.* La Coutume du Duché de Bourgogne y est entierement conforme (*a*).

L'Ordonnance ne se contente point de confirmer l'usage de cette Action en supplément de légitime dans les Pays où l'étroite observance des Loix Romaines l'a introduite & conservée, mais elle veut encore qu'elle ait lieu dans les Provinces, qui quoique soumises en général au Droit écrit, par quelques dispositions particulieres ne l'auroient point admise du tout, ou l'auroient prohibée dans certains cas, & rien n'est plus équitable que cette extension. Car enfin l'Ordonnance exigeant que les Testamens soient conservés en leur entier, quelque modique que soit l'effet ou la somme pour laquelle les légitimaires auroient été institués héritiers ; si on ôte à ces

[*a*] Coutume de Bourgogne, Art. III, chap. 7.

mêmes légitimaires, encore après cela, l'action en ſupplément de légitime, il ne leur reſtera que le titre vain & infructueux d'héritier. Mais ſi en leur ôtant toute action pour attaquer le Teſtament lorſqu'ils ont été inſtitués héritiers en la moindre choſe, on leur accorde en récompenſe l'action en ſuplément de légitime, tous leurs droits ſont à couvert; on leur conſerve en même tems l'utile & l'honorifique; puiſque d'un côté ils ont l'honneur & le titre d'Héritiers par l'inſtitution, quelque modique que ſoit l'effet ou la ſomme, & que de l'autre ils réparent la modicité de l'inſtitution par l'action qu'ils ont droit d'intenter pour le ſupplément de leur Légitime.

ARTICLE LIII.

En cas de prétérition d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le Teſtament ſera déclaré nul, quant à l'inſtitution d'héritier, ſans même qu'elle puiſſe valoir comme fidei-commis; & ſi elle a été chargée de ſubſtitution, ladite ſubſtitution demeurera pareillement nulle, le tout encore que le Teſtament contint la clauſe codicillaire, laquelle ne poura produire aucun effet à cet égard: ſans préjudice

néanmoins de l'exécution du testament en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur.

En cas de prétérition d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le Testament sera déclaré nul, quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidei-commis.

Ceux qui ont droit de légitime, doivent nécessairement être institués héritiers, du moins en ce que le Testateur leur donnera, & ils doivent l'être chacun nommément & distinctement. C'est la disposition de toutes les Loix Romaines, & en particulier de l'Art. L. de notre Ordonnance. De-là, toute institution dans laquelle quelqu'un des Légitimaires n'auroit point été compris, est nulle de plein droit. Et elle ne peut subsister, pas même en la faisant valoir comme un fideicommis qui n'a été laissé à l'héritier institué que pour le transmettre au Légitimaire *preterit*; attendu que dans l'institution on a moins d'égard au lucre qu'à l'honneur & au titre d'Héritier, dont un Testateur ne peut priver aucun de ses héritiers légitimaires qu'en les exhéredant pour justes causes. C'est la disposition formelle de la Novelle CXV. qui décide (chapitre III.) qu'il ne suffit pas de laisser la légitime à titre de Donation, de Legs ou de fideicommis; & qu'il faut de nécessité que ceux qui ont droit de la prétendre, soient

honorés du titre d'héritiers. *Sancimus non licere penitus patri vel matri , avo vel aviæ, proavo vel proaviæ, ſuum filium vel filiam vel ceteros liberos præterire, vel exheredes in ſuo facere Teſtamento : Nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem.*

Et ſi elle a été chargée de ſubſtitution, ladite ſubſtitution demeurera pareillement nulle.

La ſubſtitution eſt une ſeconde inſtitution, qui en ſuppoſe néceſſairement une premiere, qu'elle a pour baze. Par conſéquent ſi cette premiere inſtitution tombe, la ſubſtitution qui eſt entée ſur elle, doit tomber du même coup.

Le tout encore que le Teſtament contînt la clauſe codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard.

L'effet de la clauſe codicillaire eſt de faire qu'un Teſtament, qui ne peut valoir comme Teſtament, ait ſon effet comme Codicile. Or les Codiciles ne ſont point ſuſceptibles d'inſtitutions d'héritiers. Par conſéquent la clauſe codicillaire peut bien réchapper du naufrage les legs, les fidéi-commis & autres diſpoſitions de cette nature, mais elle ne peut jamais faire revivre l'inſtitution d'héritier. Par Arrêt du Parlement de Paris rendu le 12 Juillet 1585. en la Grand'Chambre, au rapport

de M. Godard, il a été jugé qu'en la Province d'Auvergne, le Testament d'un pere qui n'avoit laissé à sa fille que la somme de trois cens liv. sans l'instituer héritiere, étoit nul, & que le vice de la prétérition ne pouvoit être réparé par la clause codicillaire. (*a*)

Sans préjudice néanmoins de l'exécution du Testament, en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur.

Dans l'ancien Droit Romain, & suivant même toutes les Loix du Digeste & du Code, un Testament attaqué, soit par la prétérition, soit par l'exhérédation illégitime, étoit sans effet dans toutes ses parties, & aussi bien pour les dispositions particulieres & les legs, que pour l'institution.

Mais Justinien dans la Novelle CXV. a fait un changement considérable à cette Jurisprudence, en ordonnant que le vice de l'institution ne feroit aucun tort aux legs & aux autres dispositions du Testateur. Voici les termes de cette Novelle : *Si vero contigerit in quibusdam talibus Testamentis quædam legata, vel fidei-commissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari; ea omnia jubemus adimpleri & dari illis quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum obtinet Testamentum. Novellâ CXV. Chap. §. si vero.*

[*a*] Journal du Palais.

ARTICLE LIV.

La diſpoſition de l'Article précédent ſera exécutée, même à l'égard des teſtamens faits entre enfans, ou en tems de peſte; & en ce qui concerne les teſtamens Militaires, n'entendons rien innover à ce qui eſt porté par les Loix Romaines à cet égard.

La diſpoſition de l'Article précédent ſera exécutée, même à l'égard des Teſtamens faits entre enfans & en tems de peſte.

Il ſembleroit que des Teſtamens auſſi favorables que ceux faits entre enfans & en tems de peſte, qui ont toujours joui de franchiſes particulieres, n'auroient pas dûs être annullés par le défaut d'inſtitution de quelques-uns des Légitimaires. Cependant la Peyrere (*a*) avant notre Ordonnance, eſtimoit que la prétérition des enfans, même à naître, annulloit le Teſtament *inter liberos*. Il y auroit en effet un très-grand danger d'autoriſer les peres à paſſer dans leurs Teſtamens quelques-uns de leurs enfans pour qui ils auroient moins d'af-

(*a*) La Peirere, lettre T. nomb. 110.

fection

fection que pour les autres ; & si cela étoit, il arriveroit infailliblement, que les prérogatives accordées au Testament *inter liberos* pour le bien & l'avantage des enfans, tourneroient très-souvent au détriment de plusieurs d'entr'eux.

Et en ce qui concerne les Testamens Militaires, n'entendons rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

Suivant les Loix Romaines, les Soldats en expédition militaire, n'étoient point astreints à instituer ou à exhéréder nommément leurs enfans, & s'ils en avoient passé quelques-uns sous silence, sçachant toutefois qu'ils existoient, leur silence étoit tenu pour une exhérédation expresse. D'où il suivoit, que le défaut d'institution de quelques-uns de leurs enfans, n'étoit pas suffisant pour rendre nul leur Testament. *Sed si in expeditione occupatus miles Testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed silentio preterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim factâ valere Constitutionibus Principum cautum est.* (a)

ARTICLE LV.

N'entendons déroger par les Arti-

(a) *Institut. de exhered. lib. parag. si in expeditione.*

cles L. LIII. & LIV. aux dispositions des Coutumes, Statuts ou autres loix particulieres observées dans quelques-uns des Pays régis par le Droit écrit, qui permettent expressément de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution, & la demande en supplément de légitime poura être formée audit cas ainsi qu'il est porté par l'Art. LXII.

ARTICLE LVI.

Ceux qui ont droit de légitime & qui auront été institués héritiers, pouront faire détraction de la Quarte Falcidie sur les legs, & de la Quarte Trebellianique sur les fideicommis, & retenir en outre leur légitime.

Pour l'intelligence parfaitede cet Article, il est à propos d'expliquer quel est l'usage des *Quartes Falcidie* & *Trebellianique*, & quel en a été l'origine.

La Loi des Douze Tables, qui est la premiere des Loix Romaines connues, donnoit une liberté pleine & entiere de disposer de ses

biens par legs : *Uti quisque suæ rei legassit, ita jus esto.* Dans la suite, on sentit combien cette liberté trop étendue de léguer, étoit nuisible & défavorable aux Testateurs même. Car les héritiers qu'ils instituoient, ne trouvant quelquefois aucun avantage dans leur institution, y renonçoient ; & par là, les Testamens devenoient caducs, & les Testateurs mouroient *intestat*.

Furius qui deffendit dans la suite de léguer à chaque Légataire plus de mil sols, croyoit avoir par là trouvé le moyen de conserver à l'héritier une plus considérable portion des biens héréditaires. Mais sa prudence fut trompée, & l'exécution de sa Loi en fit connoître le défaut. Elle restraignoit à la vérité la quotité des legs envers chaque Légataire ; mais n'en limitant point le nombre, il arrivoit que quelque bien qu'eut le Testateur, il pouvoit aisément l'épuiser en legs, en multipliant le nombre des Légataires.

La Loi *Vocania* vint après, qui défendit aux Testateurs de léguer à chaque Légataire, plus que l'héritier ne devroit amander de la succession. Mais les Testateurs qui vouloient éluder la Loi, en étoient quittes pour faire chaque legs extrémement modique, & pour en multiplier la quantité. Par ce moyen, les héritiers ne pouvant exiger plus que chaque Légataire, se trouvoient réduits à si peu de chose, qu'ils étoient souvent obligés d'abandonner la succession, n'y trouvant presque aucun profit.

C'est pourquoi la Loi *Falcidia* qui fut publiée ensuite pour reformer tous ces abus, défendit aux Testateurs de léguer plus des

trois quarts de leurs biens, afin que la quatriéme partie demeurât du moins aux héritiers, ou à l'héritier institué. Cette quatriéme partie des biens du Testateur, que l'héritier est en droit de prendre sur les legs jusqu'à due concurrence, si elle ne se trouve point entiere dans la succession, est ce qu'on appelle la *Quarte Falcidie*.

La *Quarte Tribellianique* est à l'égard des fidei-commis, ce qu'est la *Quarte Falcidie* à l'égard des legs. Dans les premiers tems de la République Romaine, les fidei-commis n'avoient d'effet, qu'autant que ceux qui en étoient chargés, avoient de probité; attendu qu'on ne pouvoit les contraindre à la restitution. Un Testateur se servoit de la voye du fidei commis, quand il vouloit laisser sa succession en tout ou en partie, à quelque personne que la Loi lui défendoit d'avantager; & pour cet effet, il la laissoit à un autre qui étoit capable de recevoir, afin que celui-ci la restituât au premier. Et c'est pour cela, que ces sortes de dispositions ont été appellées *fidei-commis*, c'est-à-dire, commises à la foi d'un tiers. Dans la suite, on força ceux qui étoient chargés des fidei-commis, de les restituer; parce qu'on s'apperçût que plusieurs avoient profité de ce qu'on n'avoit aucune action contr'eux, pour retenir à leur profit des choses qui ne devoient que passer par leurs mains: & comme il n'étoit pas juste, qu'après avoir restitué la succession, l'héritier pût encore être inquiété relativement à elle, il fut fait pendant le régne de Neron, sous le Consulat de Trebellius Maxime, & d'Annœus Sénéque, un Senatus-consulte, par lequel il fut ordonné

qu'après que la succession auroit été restituée en vertu d'un fidei-commis, toutes les actions que l'héritier pouroit intenter, ou qu'on pouroit intenter contre lui, passeroient à celui, ou contre celui auquel la succession auroit été restituée par fidei-commis. Ce Senatus-consulte est celui appellé *Trebellien*. Mais parce que les héritiers institués étoient le plus souvent priés de rendre toute la succession ou la plus grande partie, ils y renonçoient; ce qui rendoit les fidéi-commis inutiles. C'est ce qui donna lieu à un autre Senatus-consulte, sous l'Empire de Vespasien, & sous le Consulat de Pegasus & de Pusio, par lequel il fut permis, à celui qui étoit chargé de rendre la succession de celui qui l'avoit institué, d'en retenir pour lui la quatriéme partie, en acquittant par lui toutes les charges de la succession. Enfin l'Empereur Justinien a fondu ensemble ces deux Senatus-consultes, & a pris dans chacun d'eux, ce qui étoit le plus sage, pour faire à cet égard un réglement général qui obviât à tout. Il y a ordonné la restitution de toutes les successions fidei-commissaires, soit que le Testateur ait laissé la quatriéme partie de ses biens à son héritier, ou qu'il lui ait laissé plus ou moins, ou même qu'il ne lui ait rien laissé du tout: en sorte cependant, que si le Testateur n'a rien laissé à l'héritier institué, ou s'il lui a laissé moins que la quatriéme partie de la succession, l'héritier ait droit de demander ou la quarte ou le supplément d'icelle: & quant aux charges de la succession, la même Ordonnance veut qu'elles soient partagées entre l'héritier & le fidei-commissaire à raison de l'émolument. Et cette

quatriéme partie des fidei-commis réservée par Justinien à l'héritier, est ce qu'on appelle la *Quarte Trebellianique.*

Comme cette réserve de la *Quarte Trebellianique* en faveur de l'héritier, est une espece de Légitime légale, il sembleroit que la Légitime ne devroit point avoir lieu concurremment avec elle, & que l'une devroit nécessairement faire cesser l'autre. C'est aussi ce qui a fait penser à Ricard, que la détraction de la quarte & de la Légitime en même tems étoit abusive : (a) & il a fait voir avec beaucoup d'étendue, que cette double détraction étoit contraire aux véritables principes du Droit Civil ; cependant il a été obligé de convenir qu'elle ne souffroit point de difficulté dans l'usage.

Cet usage a sans doute son fondement dans les Chapitres 16 & 18 *extra de Testamentis*, qui autorisent formellement cette double détraction ; celle de la Légitime comme étant un bénéfice de la nature, & celle de la Trebellianique, comme étant un bienfait de la Loi.

On n'a pourtant point admis au Parlement de Toulouse, (b) cette double détraction dans tous les cas ; on y a distingué si le fidei-commis devoit être rendu sous condition & après un certain tems, ou si la restitution en étoit pure & simple. La double détraction avoit lieu dans le premier cas, & non dans le second. Mais cette distinction paroît n'avoir aucun

(a) Ricard des Donations troisiéme part. Chap. 8. sect. 6.

[b] Cambolas, liv. 4. chap. 42.

fondement raisonnable. Aussi n'a-t-elle point été adoptée par l'Ordonnance.

Ç'a été encore une grande question, même parmi ceux qui admettent la double détraction de la légitime, & de la Quarte Trébellianique, de sçavoir si la même chose devoit avoir lieu pour la Falcidie. Le Parlement de Toulouse (*a*) décidoit que la Falcidie devoit être imputée sur la légitime. Le Parlement de Grenoble (*b*) au contraire ne mettoit aucune différence entre la Falcidie & la Quarte Trébellianique. Notre Ordonnance toujours favorable aux héritiers du sang, & plus portée a étendre leurs droits qu'à les diminuer, veut qu'ils puissent faire détraction & de la Quarte Falcidie & de la Trébellianique concurremment, & indépendamment de la légitime.

Mais on a demandé (& c'étoit même une question autrefois assez douteuse) si les ascendans avoient droit de faire ces détractions aussi bien que les descendans. Des Arrêts du Parlement de Toulouse (*c*) ont jugé en faveur des ascendans, sur le fondement que par les Novelles XVIII. & CXV. les légitimes des ascendans ont été égalées à celles des descendans. L'Ordonnance ne fait non plus aucune distinction entr'eux, sur ce point, en se servant de ces mots génériques, *ceux qui ont droit de Légitime*, qui renferment tant les uns que les autres.

[*a*] D'Olive, liv. 5. chap. 27.
(*b*) D'Expilly, chap. 11.
[*c*] Maynard liv 5. Chap 47.
D'olive, Liv. 5. chap. 27.

ARTICLE LVII.

Lorsque le Testament contiendra la clause codicillaire, & que l'institution d'héritier ne sera sans effet, qu'à cause d'un défaut de solemnité, ou de la caducité de ladite institution; les héritiers ab intestat, *qui ont droit de légitime & qui prendront audit cas la place de l'héritier institué, pouront pareillement faire détraction des Quartes Falcidie & Trebellianique, & celle de la légitime sur la totalité desdits biens.*

Dans l'Article précédent, l'Ordonnance accorde le droit de faire la triple détraction de la *Trébellianique* sur les fidei commis, de la *Falcidie* sur les Legs, & de la *légitime* sur la totalité des biens de la Succession, aux héritiers légitimaires qui receuillent en vertu de l'institution faite par le Testament. Dans celui-ci elle accorde le même droit aux légitimaires héritiers *ab intestat*, lorsque l'institution faite par le Testament est sans effet soit par quelque deffaut de solemnité soit par la caducité de l'institution même; pourvû cependant que le surplus du Testament demeure en

en vigueur par la force de la clause Codicillaire. Le Législateur en rend lui-même la raison ; c'est que les héritiers *ab intestat* prennent, en ce cas, la place de l'héritier institué ; & par conséquent ils doivent jouir des mêmes prérogatives & des mêmes avantages dont auroit joui l'héritier institué qu'ils représentent, si l'institution avoit eu son effet.

ARTICLE LVIII.

Dans le cas porté par l'Article LIII, ou nonobstant la clause codicillaire, l'institution d'héritier ne peut valoir, même comme fidei-commis, à cause du vice de la prétérition, & où le Testament ne subsiste que pour le surplus des dispositions du Testateur, ceux qui ont droit de légitime, pourront faire la détraction desdites Quartes Falcidie & Trebellianique sur les legs ou fidei-commis, & en outre retenir leur légitime sur iceux, en cas que les biens qui leur appartiendront par la nullité de l'institution, ne suffisent pas pour remplir ladite légitime.

Le principe & les motifs de décision sont

les mêmes pour cet Article, que pour le précédent.

ARTICLE LIX.

La disposition des trois Articles précédens sera exécutée à l'égard de tous les Testamens, même du Militaire.

L'Ordonnance, en étendant les dispositions des trois Articles précédens aux Testamens Militaires, a considérablement dérogé aux Loix Romaines à cet égard. Car les Romains, dans le dessein ambitieux qu'ils avoient de parvenir à la Monarchie universelle, tâchoient par toutes sortes de priviléges, d'engager leurs Citoyens dans la profession des armes: & dans cette vuë ils ont non-seulement affranchi les Testamens Militaires de la détraction de la *Falcidie*, mais même de celle de la *légitime*. (*a*)

Mais une Exemption aussi contraire aux principes de la nature, n'a pas trouvé grace parmi nous; & nous n'avons jamais cru devoir accorder, même à des Testateurs aussi privilégiés que le sont les Militaires, la barbare prérogative de pouvoir impunément réduire à la mendicité leur propre sang, en le privant de sa légitime pour enrichir des Etrangers.

Notre sage Législateur a même été plus

(*a*) *Leg. 7. Cod. ad. leg. Falcid.*
Leg. 9. Cod. de inoffic. Testam.
Et Leg. 27. Dig. Eod. Tit.

loin : il ne s'est pas contenté de permettre la détraction de la légitime à l'égard des Testamens Militaires; il les a mis au rang de tous les autres Testamens sur ce point, en y autorisant, outre la détraction de la légitime, celle des deux autres Quartes Falcidie, & Trebellianique.

ARTICLE LX.

Sera néanmoins permis à tous Testeurs de deffendre par leur Testament ou par un Codicile postérieur, de retenir lesdites Quartes Falcidie ou Trebellianique, conjointement avec la légitime; auquel cas ceux qui ont droit de légitime, auront seulement le choix entre la détraction desdites Quartes & celles de la légitime, à moins que le Testateur n'en eût autrement ordonné, en les réduisant à leur légitime : & la desposition du présent Article aura lieu dans tous les cas portés aux Articles LVI. LVII. & LVIII. Deffendons aux Juges d'avoir égard à ladite prohibition, si elle n'est faite en termes exprès.

Sera néanmoins permis à tous Teſtateurs de deffendre par leur Teſtament, ou par un Codicile poſtérieur, de retenir leſdites Quartes Falcidie & Trebellianique, conjointement avec la légitime.

Lorſque l'Ordonnance accorde aux héritiers légitimaires la triple détraction de la Falcidie, de la Trebellianique & de la légitime, c'eſt par une interprétation favorable de la volonté du Teſtateur, & en préſumant que ſon intention eſt que des perſonnes qui lui ſont unies de ſi près par les liens du ſang, ayent dans ſes biens la portion la plus avantageuſe qu'il eſt poſſible. Mais lorſque la volonté du Teſtateur eſt expreſſe au contraire, cette préſomption favorable aux Légitimaires, ne peut plus avoir lieu, & comme les deux Quartes Falcidie & Trebellianique ſont par elles-mêmes de véritables légitimes, ainſi que nous l'avons déja remarqué, l'Ordonnance n'a pas voulu ſur cela gêner la liberté des Teſtateurs, & elle leur a permis de défendre que ces deux Quartes fuſſent priſes conjointement avec la légitime.

Auquel cas ceux qui ont droit de légitime, auront ſeulement le choix entre la détraction deſdites Quartes, & celle de la légitime, à moins que le Teſtateur n'en eut ordonné autrement, en

les réduisant à leur légitime.

Cette disposition est infiniment sensible par elle même : si le Testateur, ainsi qu'il en a la liberté, a défendu, soit par son Testament, soit par un Codicille postérieur, que les Légitimaires fissent détraction des Quartes Falcidie & Trebellianique, conjointement avec la légitime, alors le Légitimaire a l'option entre les deux Quartes & la légitime ; si ce n'est dans le cas où il est réduit à sa légitime par le Testateur.

Et la disposition du présent Article aura lieu dans tous les cas portés aux Articles LVI. LVII. & LVIII.

C'est-à-dire, soit que les Légitimaires ayent été institués héritiers par le Testament ; soit qu'ils ayent pris la place de l'héritier institué, par quelque défaut de solemnité dans le Testament, ou par la caducité de l'institution ; soit enfin que nonobstant la clause Codicillaire, le Testament ne puisse valoir, même comme fidei-commis ; dans ces trois cas, lorsque le Testatur aura défendu de prendre les deux Quartes conjointement avec la légitime, les Légitimaires pouront faire l'option de ce qui leur sera le plus avantageux, soit des deux Quartes, soit de la légitime ; si ce n'est que le Testateur n'eut réduit les Légitimaires à leur légitime : en ce cas, ils seroient obligés de s'y tenir.

Deffendons aux Juges d'avoir égard à ladite prohibition, si elle n'est faite en termes exprès.

La présomption doit toujours être en faveur des héritiers du sang ; ils ont pour eux le vœu de la nature & de la Loi. C'est pourquoi les Juges qui ne sont que les Exécuteurs de la Loi, ne doivent point les dépouiller des avantages qui leur appartiennent à si juste titre ; s'il ne paroît que le Testateur lui-même a eu une volonté expresse & certaine, de les en priver.

ARTICLE LXI.

La quotité de la légitime des ascendans dans les lieux où elle leur est duë, sur les biens de leurs enfans ou descendans qui n'ont point laissé d'enfans & qui ont fait un testament, sera reglée, eu égard au total desdits biens ; & non sur le pied de la portion qui auroit appartenu ausdits ascendans, s'ils eussent recueilli lesdits biens ab intestat, *concurremment avec les freres germains du déffunt ; ce qui aura lieu, soit que ledit deffunt*

ait institué héritier ses freres ou sœurs, ou qu'il ait institué des Etrangers.

C'est un principe universellement reconnu dans le Droit Romain, que les freres & sœurs germains du Défunt lui succedent *ab intestat*, lorsqu'il n'a pas laissé d'Enfans; & ce, concurremment avec leur Pere & Mere communs. Mais, comme on l'a déja remarqué plus haut, ces freres & sœurs n'ont pas les mêmes priviléges que les Peres & Meres, lorsque le Défunt a fait un Testament. Car ils ne peuvent, suivant le Droit Romain, l'attaquer qu'en un cas unique, c'est lorsque le Défunt a institué une personne infâme; au lieu que les Peres & Meres, infiniment plus priviligiés à cet égard, sont authorisés en toutes sortes de cas, à arguer le Testament d'inofficiosité & à demander leur légitime sur les biens légués. C'est ce qui a fait naître une grande & fameuse question, qui a partagé les Jurisconsultes les plus célébres : elle consistoit à sçavoir quelle seroit la quotité de la légitime des Ascendans dans tous les cas où les freres & sœurs germains n'auroient pas lieu d'en prétendre? Seroit-ce le tiers de tous les biens, ou seulement le tiers de la portion en laquelle ils auroient eu droit de succéder *ab intestat?* Les uns ont incliné pour la premiere opinion & les autres pour la seconde.

D'un côté on soutenoit que les Ascendans, dans l'espece proposée, ne pouvoient prétendre que le tiers de la portion qui leur eût

appartenu *ab inteſtat* ; parce que la légitime n'étant qu'une partie réſervée par la Loi de la portion héréditaire, elle doit avoir une proportion exacte avec cette même portion héréditaire. Or comme les Pere & Mere & autres Aſcendans n'auroient eu chacun qu'une portion virile, concurremment avec les freres & ſœurs germains du Défunt, s'il étoit décédé *ab inteſtat*, on concluoit de-là, que la légitime des Aſcendans, dans ce cas, ne devoit être que le tiers de la portion qui leur auroit appartenu *ab inteſtat*

D'un autre côté on prétendoit au contraire que la légitime des Aſcendans, dans la même eſpece, devoit être du tiers de la totalité des biens, & l'on ſe fondoit principalement ſur ce que les freres & ſœurs germains n'avoient été admis à ſuccéder *ab inteſtat* concurremment avec les Aſcendans, que par un privilége particulier. Or ce privilége ceſſant à leur égard dans le cas propoſé, (c'eſt-à-dire, par le Teſtament du Défunt fait en faveur d'une perſonne non infâme,) on croyoit que les choſes retournoient au Droit commun, ſuivant lequel les Aſcendans pouvoient prétendre toute la ſucceſſion & par une ſuite néceſſaire leur légitime à proportion, lorſqu'il s'y trouvoient réduits.

On trouve, dans Henris, deux Arrêts du Parlement de Paris tout différens ſur cette queſtion. Dans le premier volume (*liv. 6, queſt. 16.*) il en rapporte un du 23 Mars 1633. qui a réglé la légitime des Aſcendans au tiers de ce qui leur auroit appartenu *ab inteſtat*, les freres & ſœurs germains concourans avec eux. Et le même Auteur dans le ſecond

volume *(liv 6. quest 12.)* en cite un autre rendu en l'année 1658. au profit du sieur Floquet, contre Terreneuve, qui a jugé tout le contraire, & cet Arrêt semble faire le dernier état de la Jurisprudence du Parlement de Paris, sur cette importante difficulté. Cependant Bretonnier (a) rapporte un Arrêt rendu sur sa plaidoirie, & sur les conclusions de M. l'Avocat Général de la Moignon, en la Grand'Chambre, le 10 Juillet 1691. qui a jugé que la légitime de la Mere, n'étoit que du tiers de ce qu'elle auroit eu *ab intestat.*

Le Parlement de Toulouse avoit aussi réglé, dans notre espece, la Légitime des ascendans au tiers de la totalité des biens ; mais avec cette restriction, que si la Légitime des ascendans se devoit tirer des avantages faits à l'un ou à plusieurs des freres germains par le Testament, cette Légitime, en ce cas seulement, ne seroit que de la troisiéme partie de la portion qui eut appartenue aux ascendans *ab intestat.* (b)

Mais l'Ordonnance n'a point adopté cette distinction ; elle porte en termes formels, que la Légitime des ascendans sera indistinctement dû tiers de la totalité des biens ; *soit*, ajoute-t-elle, *que le défunt ait institué héritiers ses freres ou sœurs, ou qu'il ait institué des étrangers.*

La même chose avoit été décidée avant l'Ordonnance, par Arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 5 Mai 1631, après avoir pris l'avis des Chambres. Cet Arrêt a jugé,

(a) Observations sur Henrys, quest. 16. chap. 5. liv. 4. Tome premier.

(b) D'Olive, liv. 3. chap. 9.

par forme de réglement, que la Légitime de la mere dans les biens de son fils, étoit la troisiéme partie du total desdits biens, soit que les héritiers institués fussent des enfans, ou des étrangers. (*a*)

Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, l'on donnoit aussi à la mere, *Tertiam totius*, *& non tertiam tertiæ*, soit que la substitution fut pupillaire, expresse ou tacite. (*b*)

On jugeoit pareillement, avant l'Ordonnance, en faveur des ascendans au Parlement de Provence. (*c*)

On ne doit pas non plus passer sous silence l'Auteur des Loix Civiles (*d*) qui, après avoir fait une très-belle dissertation sur cette question, & après avoir examiné l'une & l'autre opinion, conclut que la Légitime des ascendans doit toujours être indistinctement du tiers de tous les biens; ce qui est conforme à notre Ordonnance.

ARTICLE LXII.

Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des enfans du Testateur, ne poura élire un

(*a*) Basset, Tome premier, page 59.
(*b*) La Peyrere let. L. nomb. 36. & 70.
Le Feron sur la Coutume de Bordeaux. Parag. *de Test.* 11. nomb. premier.
(*c*) Morgues, Statuts de Provence, page 224.
Boniface Tome 3. liv. premier tit. 21. chap. 6.
Questions Notables, liv. 4. quest. 6.
(*d*) Loix Civiles, liv. 3. tit. 3. section. 2.

des petits enfans ou descendans, encore que celui des enfans dont ils sont issus fut mort avant que le choix eut été fait; & si tous les enfans du premier degré décedent avant ledit choix, le droit d'élire demeurera caduc & éteint; le tout à moins que le Testateur n'en eut autrement ordonné.

Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des enfans, ne poura élire un des petits enfans ou descendans, encore que celui dont ils sont issus, fut mort avant que le choix eut été fait.

Cet Article décide encore une question extrêmement controversée dans la Jurisprudence. Henrys (*a*) étoit d'avis, que l'héritier institué à la charge d'élire un des enfans, ne pouvoit élire un des petits enfans, par deux raisons; la premiere, parce que ce choix sembloit être contraire à l'intention du Testateur, qui paroissoit avoir voulu borner le pouvoir de l'héritier, au droit d'élire un de ses enfans *au premier dégré;* & la seconde, en ce que la représentation admise dans les successions *ab intestat*, n'a pas lieu envers les fidei-

[*a*] Henrys, Tome premier liv. 5. Chap. 4 quest. 62.

commis & les élections qui les renferment.

Mais Bretonnier (a) cite un Arrêt du Parlement de Paris intervenu, lui plaidant, sur les conclusions de M. de la Moignon Avocat Général, le 12 Février 1692. dont voici l'espece. Jean de Navette du Pays de Forest, avoit institué son héritiere Marie Rachel de Mervant sa femme, à la charge de rendre la succession à une de leurs filles qui étoient au nombre de trois. Ladite de Mervant femme Navette fit son Testament ; & au lieu d'instituer une de ses trois filles, elle choisit Jean Allier de Saigniart fils de Margueritte de Navette sa fille puînée. Après la mort de la mere, la fille aînée attaqua le Testament, se fondant principalement, sur ce que la mere chargée d'élire une des filles, n'avoit pû élire son petit-fils, au préjudice d'elle fille aînée. Le Testament fut cependant confirmé par la Sentence du Châtelet, & ensuite par l'Arrêt, nonobstant tout ce que pût dire, pour la défense de la fille aînée, Bretonnier qui avoit entrepris la cause avec une confiance entiere, d'après l'autorité d'Henrys.

Il faut convenir, que le Parlement de Toulouse ne pensoit pas tout-à-fait de même sur cette question. M. Catelan (b) fait mention d'un Arrêt de ce Parlement, prononcé en Robes rouges, par lequel il a été jugé, que celui qui, par son Contrat de mariage, fait une Donation aux enfans qui naîtront de ce mariage tel qu'il élira, ne peut élire un de ses petits-enfans *ex filio præmortuo*, au préjudice

(a) Bretonnier sur Henrys ibidem.
(b) Catelan, Tome premier liv. 2. chap. 100.

de ses enfans du premier dégré. D'où l'on peut conclure assurément, à bien plus forte raison, qu'un héritier chargé de rendre, qui n'est qu'un simple dépositaire, ne doit pas avoir la liberté de choisir les petits-enfans, au préjudice des enfans du premier dégré.

C'est par ces motifs, que notre Ordonnance peu conforme en ce point à la Jurisprudence du Parlement de Paris, décide formellement, que *celui qui aura été institué héritier, à la charge d'élire un des enfans du Testateur, ne voura élire un des petits enfans ou descendans.* Elle ajoute même, *encore que celui des enfans dont ils sont issus, fut mort avant que le choix eut été fait ;* ce qui est cependant un cas extrêmement favorable ; puisque le pere & les enfans n'étant qu'une seule & même personne, le pere en mourant, sembleroit avoir transmis son droit d'élection passive *à ses enfans.*

Et si tous les enfans du premier degré décedent avant ledit choix, le droit d'élire demeurera caduc & éteint.

Ceci est une suite nécessaire de ce qui précede. Car si, par une premiere disposition, Ordonnance borne au premier dégré seulement, la faculté d'élire, lorsqu'elle est donée à la charge d'élire un des enfans du Testateur, on doit absolument en conclure, que le premier dégré une fois éteint par la mort des enfans qui le composoient avant le choix, droit d'élire devient sans objet, & tombe de lui-même.

ARTICLE LXIII.

Celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du Testateur ou autre, ne poura grever celui qu'il choisira d'aucune substitution, même en faveur d'un sujet éligible ; si ce n'est que le Testateur lui en eut donné expressément le pouvoir par son Testament.

La question que décide cet Article, a été long-tems douteuse ; & le pour & le contre, ont eu, l'un & l'autre, d'illustres partisans.

On jugeoit avant l'Ordonnance, au Parlement de Toulouse, (*a*) qu'un héritier chargé d'élire, pouvoit gréver de substitution celui qu'il choisissoit.

La même Jurisprudence avoit lieu au Parlement de Provence. (*b*)

Elle étoit aussi en vigueur au Parlement de Grenoble. (*c*)

Mais au Parlement de Bordeaux, on distinguoit si la Donation étoit faite au Contrat de mariage du fils, ou par un Acte particu-

[*a*] D'Olive, liv. 5. chap. 15. & 16.
Mainard liv. 5. Chap. 54.
Cambolas, liv. 5. Chap. 2.
[*b*] Boniface, Tome 3. liv. 2. tit. 20. chap. premie & 4.
[*c*] Duperier, liv. 3. quest 2.
Basset, Tome premier, liv. 5. tit. 5. chap. 2.
(*d*) La Peyrere, let. S. nomb. 56.

lier ; dans le premier cas, la ſubſtitution n'étoit point reçue : dans le ſecond, elle étoit admiſe.

A l'égard du Parlement de Paris, on ne voit pas que la queſtion s'y ſoit jamais préſentée, & par conſéquent y ait jamais été décidée. Mais les meilleurs Juriſconſultes de ce Parlement, (a) penſent tout différemment des Parlemens de Droit écrit, & croyent qu'il eſt contre les principes du Droit & de la raiſon, de permettre à un homme chargé d'en élire un autre, de grever de ſubſtitution celui qu'il choiſira ; par une double raiſon. La premiere, c'eſt que ne faiſant en cette partie que l'office de mandataire du Teſtateur lorſqu'il choiſit, c'eſt viſiblement excéder les bornes du mandement, que de grever celui qu'il choiſit d'une charge qu'il n'eſt point autoriſé d'impoſer par le Teſtament. La ſeconde, c'eſt qu'on ne peut raiſonnablement, & ſuivant toutes les Loix, mettre des conditions & impoſer des charges qu'à ſa propre libéralité, & non à celle d'autrui. Or, lorſque celui qui eſt chargé d'élire, choiſit un des ſujets éligibles, ce n'eſt point une libéralité qu'il exerce ; il ne fait que donner la choſe d'autrui, dont il avoit été juſqu'alors ſimple dépoſitaire. Et par conſéquent, ce n'eſt point à lui à y impoſer d'autres Loix, que celles qui ſont preſcrites par le Teſtament, qui eſt le titre commun, & du ſujet chargé d'élire, & du ſujet élû.

Ces motifs ont déterminé le Légiſlateur à

(a) Henrys, Tome premier, Liv. 5. chap. 3. queſt. 18. & 19.
Ricard des ſubſtitutions, liv.

préférer le ſentiment des Juriſconſultes du Parlement de Paris, à la Juriſprudence des Parlemens de Droit écrit, en ordonnant, que *celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du Teſtateur ou autres, ne poura grever celui qu'il choiſira d'aucune ſubſtitution.* L'Ordonnance ajoute, *même en faveur d'un autre ſujet éligible*, ſans doute, par rapport à la diſtinction qu'a faite ſur cela M. de Catelan. (*a*) Ce Magiſtrat croyoit, que pour adopter la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe à cet égard, il falloit diſtinguer ſi la ſubſtitution étoit faite en faveur d'un autre ſujet éligible, ou en faveur d'un étranger; dans le premier cas, il ſoutenoit la ſubſtitution valable, & il la rejettoit dans le ſecond. Mais comme dans l'un & l'autre cas, celui qui eſt chargé d'élire excéde ſon pouvoir en ſubſtituant, l'Ordonnance a rejetté avec juſte raiſon, cette diſtinction de M. Catelan, qui cependant étoit aſſez du goût de Bretonnier. (*b*)

On lit enſuite dans l'Article, *ſi ce n'eſt que le Teſtateur lui en eut donné le pouvoir par ſon Teſtament*, diſpoſition qui n'eſt qu'une ſuite de ce qui précéde. Car ſi celui qui eſt chargé d'élire, ne peut grever de ſubſtitution celui qu'il élit, parce que n'étant que mandataire, il ne peut excéder ſon pouvoir; il s'enſuit que lorſque le Teſtament contient ce pouvoir même, bien loin de contrevenir alors à la volonté du Teſtateur, il ne fait que l'exécuter.

(*a*) Catelan, Tome premier liv. 2. chap. 100.

[*b*] Obſervations ſur Henrys, Tome premier Liv. 5. chap. 3. queſt. 18.

ARTICLE

ARTICLE LXIV.

Lorsque celui qui aura été chargé d'élire, aura déclaré son choix par contrat de mariage, ou par un Acte entre-vifs, accepté par celui qu'il aura élu dans la forme prescrite pour l'acceptation par notre Ordonnance du mois de Février 1731. *ledit choix sera irrévocable.*

Pour bien entendre cet Article, il faut examiner la question générale qui y a donné lieu. Cette question est de sçavoir, si celui qui est chargé d'élire, peut varier; & si après avoir fait une premiere élection, il peut en faire une seconde qui anéantisse la premiere.

Afin de décider plus nettement la question, il est nécessaire de distinguer la différente nature des Actes par lesquels cette élection peut être faite. Car ou l'élection est faite par un Testament, ou par un Contrat de mariage, ou par une Donation entre-vifs duement acceptée.

Si l'élection est faite par un Testament, les Auteurs s'accordent pour décider, que l'élection est revocable jusqu'à la mort de celui qui l'a faite, de même que l'Acte qui la contient. (*a*)

(*a*) Basset Tome premier liv. 5 tit. 5. chap. premier. Henrys, Tome 2. liv. 5. quest. 10.

Mais si l'élection étoit faite par Contrat de mariage, au Parlement de Paris on jugeoit, que l'élection étoit irrévocable. (a)

Il paroît que la même Jurisprudence étoit observée au Parlement de Provence & de Bordeaux. (b)

Au Parlement de Toulouse au contraire, on faisoit dépendre l'irrévocabilité de l'élection faite par Contrat de mariage, de la procréation des enfans. Si le Contrat de mariage étoit suivi de procréation d'enfans, l'élection devenoit irrévocable; mais s'il ne naissoit point d'enfans du mariage, celui qui étoit chargé d'élire, n'avoit point les mains liées par la premiere élection; parce qu'on supposoit dans ce Parlement, que l'élection faite par Contrat de mariage, n'ayant pour objet que les enfans qui naîtroient, l'élection devoit tomber au défaut de l'objet qui lui servoit de base.

Cette distinction du Parlement de Toulouse, n'a point été goûtée par le Législateur. Car notre Article porte indistinctement, que *lorsque celui qui aura été chargé d'élire aura déclaré son choix par Contrat de mariage, ledit choix sera irrévocable.*

Enfin si l'élection est faite par une Donation entre-vifs dûment acceptée, les sentimens ont eté partagés sur son irrévocabilité.

Plusieurs graves Jurisconsultes décident, qu'une élection faite par une Donation est ré-

(a) Henrys Ibidem.
(b) Boniface Tome 2. liv. 3. tit. 2. chap. 2.
La Peyrere liv. 2. nomb. 16.

vocable, sur tout si le tems de l'élection est incertain. (a)

Quelques-autres au contraire estiment (b) qu'une élection faite par Donation entre-vifs bien & duement acceptée, ne peut plus être révoquée, non plus que l'Acte qui la contient. En effet, une élection étant faite par un Acte irrévocable de sa nature, & qui ne peut subsister sans cette irrévocabilité, peut-elle n'être pas elle-même irrévocable ? C'est aussi ce que décide notre Ordonnance. *Lorsque celui qui aura été chargé d'élire*, (est-il dit), *aura déclaré son choix par un Acte entre-vifs, accepté par celui qu'il aura élu dans la forme prescrite pour l'acceptation des Donations, par notre Ordonnance du mois de Février 1731, ledit choix sera irrévocable.*

ARTICLE LXV.

La disposition de l'Article précedent aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le tems porté par le Testament, si ce n'est que le Testateur eut prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme

[a] Cujas, liv. 10. chap. 39. & consult. 34. Faber, conject. liv. 18. chap. 4. nomb. 12. Despeisses, Tom. 2. pag. 130. Henrys & Bretonnier, Tome 2. liv. 5. quest. 10.
(b) Chopin des priv. rust. liv. 3. chap. 4. nomb. 5. Soefve, part. 2. Cent. 2. chap. 18. Boniface, Tome 3. liv. 2. tit. 20. chap. 2.

par lui marqué, auquel cas ledit choix ne sera irrévocable, qu'après l'expiration dudit terme.

La disposition de l'Article précédent aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le tems porté par le Testament.

Jusqu'à présent nous n'avons envisagé les fidei-commis laissés à la charge d'élire, qu'en général; c'est-à-dire, qu'autant que l'héritier fiduciaire n'a point été borné par le Testateur pour le tems de l'élection. Mais s'il y a un terme dans le Testament pour élire, & que l'héritier fiduciaire anticipe ce tems, son élection sera-t-elle irrévocable ? c'est la question que décide notre Article.

Bretonnier distingue à cet égard les fidei-commis par substitution, d'avec les fidei-commis par élection. (*a*) On appelle fidei-commis par substitution, ceux où le Testateur nomme & détermine lui-même ceux à qui il laisse les biens après l'héritier institué ; au lieu que dans les fidei-commis par élection, le Testateur laisse à l'héritier le choix entre plusieurs personnes, pour receuillir après lui les biens laissés par lui Testateur.

Dans les fidei-commis par substitution, dont il ne s'agit point ici, Bretonnier convenoit avec les meilleurs Jurisconsultes de tous les

(*a*) Observations sur Henrys Tom. 2. liv. 5. quest. 56.

Parlemens, que la restitution anticipée étoit valable & irrévocable. Mais quant aux fidei-commis par élection, il soutenoit que l'héritier ne pouvoit anticiper le tems, ou du moins qu'il pouvoit varier *usque ad extremum vitæ spiritum*, sans qu'une premiere élection anticipée eut consommé son choix.

Notre Ordonnance au contraire, ne met sur cepoint aucune différence entre les fidei-commis par substitution & ceux par élection; & comme les fidei-commis par substitution peuvent être anticipés d'un aveu unanime, elle veut qu'il en soit de même de ceux par élection, parce que dans l'un & dans l'autre cas, la raison est la même. L'héritier fiduciaire est censé avoir eu en vue, en anticipant le tems, d'exécuter plus pleinement la volonté du Testateur. Ainsi cette volonté étant exécutée, il a les mains liées; & son élection est irrévocable.

Cependant la validité de cette anticipation de tems, n'est fondée que sur la volonté *présumée* du Testateur; ainsi, aussi-tôt que le Testateur a défendu en termes exprès, que ce tems fut anticipé, l'héritier fiduciaire n'étant en cette partie que mandataire du Testateur, qui sans doute a eu ses vues en prohibant d'avancer le terme de l'élection, il ne peut alors valablement élire avant le tems: ou du moins cette élection anticipée ne devient irrévocable, que lorsque le tems marqué par le Testateur est révolu. Telle est la disposition de notre Article, dont les termes sont sur cela extrémement expressifs: *si ce n'est* (y est-il dit) *que le Testateur eut prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme par lui*

marqué ; auquel cas ledit choix ne sera irrévocable qu'après l'expiration dudit terme.

ARTICLE LXVI.

Tout ce qui a été reglé par les quatre Articles précedens sur les institutions d'héritier faites à la charge d'élire, aura lieu pareillement pour les legs universels ou partiliers faits sous la même charge.

Idem jus, ubi est eadem ratio. Or les mêmes raisons militent dans les Pays Coutumiers, par rappott aux legs soit universels soit particuliers, comme par rapport aux institutions d'héritiers dans les Pays de Droit écrit, quant au droit d'élection, & quant aux regles ausquelles ce droit doit être assujetti. Ainsi dans les legs universels ou particuliers faits à la charge d'élire, celui qui aura été chargé de faire cette élection, ne poura l'étendre aux enfans d'un de ceux qu'il lui étoit libre de choisir, parce que, n'étant en cette partie que mandataire, il doit se renfermer strictement dans les limites du pouvoir qui lui a été donné. Il ne poura non plus grever d'aucune substitution, celui sur qui tombera son choix, même en faveur d'un des sujets éligibles, parce que ne donnant rien du sien, & n'exerçant que la libéralité d'autrui, il ne peut y imposer, de son propre mouvement, aucune

charge. Enfin quand ce mandataire aura déclaré son choix par quelque Acte entre-vifs, accepté du Légataire, ce choix sera irrévocable, eut-il été fait avant le tems marqué par le Testament ; attendu que ce choix étant une fois consommé par la déclaration du Mandataire & l'acceptation du Légataire, il forme entre l'un & l'autre un engagement synallagmatique irrévocable de sa nature.

Tout cela suppose néanmoins que le Testateur n'en ait point ordonné autrement. Car s'il l'avoit fait, il faudroit se conformer exactement à sa volonté & en suivre scrupuleusement la lettre.

ARTICLE LXVII.

Si l'héritier institué par un testament qui contient la clause Codicillaire, n'a prétendu faire valoir la disposition du testateur que comme Codicille seulement, ou s'il n'a agi qu'en conséquence de ladite clause, il ne sera plus recevable à soutenir ladite disposition en qualité de testament. Mais s'il a agi d'abord en vertu du testament, il poura se servir ensuite de la clause Codicillaire ; & ce, jusqu'à ce qu'il soit intervenu Arrêt définitif ou juge-

ment passé en force de chose jugée au sujet dudit testament.

Si l'héritier institué par un Testament qui contient la clause Codicillaire, n'a prétendu faire valoir la disposition du Testateur, que comme Codicile seulement, ou s'il n'a agi qu'en conséquence de ladite clause, il ne sera plus reçu à soutenir ladite disposition en qualité de Testament.

Il y a une très-grande différence entre faire valoir un Testament comme Testament, & le faire valoir comme Codicile. En le faisant valoir comme Testament, on agit comme héritier ; & on a la totalité des biens sans aucune détraction ; au lieu qu'en le faisant valoir seulement comme Codicile, on agit comme substitué à l'héritier *ab intestat* ; & dans ce second cas, l'héritier *ab intestat* a droit de prendre la Quarte Trébellianique. D'où naît la conséquence que lorsqu'un héritier institué par un Testament, fait valoir ce Testament comme Codicile en vertu de la clause Codicillaire, il renonce à la qualité d'héritier pour prendre celle de substitué seulement, & par cette renonciation, il saisit l'héritier *ab intestat* de cette qualité d'héritier. Or comme il ne pouroit plus varier ensuite, sans faire perdre à un tiers, (qui est l'héritier *ab intestat*) un droit & une qualité qui lui sont acquises par son propre fait, il ne seroit pas juste qu'il put faire valoir en qualité de Testa-

ment

ment, un Acte qu'il n'a d'abord fait valoir que comme Codicile.

Mais s'il a agi d'abord en vertu du Testament, il poura se servir ensuite de la clause Codicillaire ; & ce, jusqu'à ce qu'il soit intervenu Arrêt définitif, ou jugement passé en force de chose jugée au sujet dudit Testament.

Ricard pensoit que celui qui avoit une fois commencé à agir en vertu du Testament, ne pouvoit plus se servir ensuite de la clause Codicillaire. (*a*) Il se fondoit sur le texte même de la Loi derniere au Code *de Codicillis*, dont voici les termes, *qui petit hæreditatem, ab ipsius intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum perclusisse.* Chorier étoit du même avis, & appuyoit son sentiment sur trois Arrêts assez recens. (*b*)

Henrys (*c*) ne pensoit pas tout-à-fait de même ; il croyoit que la rigueur de la Loi devoit être tempérée, & qu'il falloit permettre de varier en cause principale, jusqu'à la Sentence définitive, & même en cause d'appel, en prenant des lettres & en payant les dépens jusqu'au jour des lettres. Mais Bretonnier (*d*) dans ses observations sur cette question, a été

[*a*] Ricard des Donations part. premiere, chap. 5. sect. 3. nomb. 1431. & suivans.

(*b*) Jurisprudence de Guy-Pape, page 158.

[*c*] Henrys Tom. II. liv. quest. 26

(*d*) Observations sur Henrys, ibidem.

plus loin qu'Henrys, & a soutenu qu'il n'étoit point besoin de lettres ni de payer de dépens pour varier, même en cause d'appel ; attendu que si un homme a mal été deffendu en cause principale, ce ne doit point être une régle pour qu'il le soit aussi en cause d'appel ; & que c'est aux Avocats de la Cour, comme plus éclairés, à réformer ce qu'il peut y avoir de défectueux dans la premiere défense, & à ajouter de nouveaux moyens à ceux qui ont été employés devant les premiers Juges, si l'intérêt de leurs parties le demande. Notre Ordonnançe a adopté ce dernier sentiment & permet de faire valoir comme Codicile un Acte que l'on a d'abord fait valoir comme Testament, *jusqu'à Arrêt définitif ou jugement passé en force de chose jugée au sujet dudit Testament* ; d'autant que, dans ce second cas, l'intérêt d'un tiers n'est point compromis, comme dans le premier.

ARTICLE LXVIII.

Lorsque le Testateur sera domicilié dans un des Pays qui suivent le droit écrit, l'institution d'héritier par lui faite, aura son effet tant pour les immeubles situés audit Pays, que pour les meubles, droits & actions qui suivent la personne ; & quant aux immeubles situés dans les Pays où le Droit

écrit n'est pas observé, elle vaudra comme legs universel; si ce n'est qu'elle ait été faite pour une somme fixe ou pour de certains effets, auquel cas elle ne vaudra dans lesdits Pays que comme legs particulier.

Il y a trois choses essentielles à considérer, relativement à un Testament.

1°. Le lieu où a été passé l'Acte.

2°. Le domicile du Testateur.

3°. La situation des biens.

Le lieu regle les formalités de l'Acte.

Le domicile regle la capacité de la personne qui teste, ainsi que tout le mobilier de sa succession, qui, quoique transportable à tout instant d'un lieu à un autre, est censé neanmoins n'avoir d'autre assiette que le domicile du propriétaire, & le suivre par tout où il lui plaît de transférer ce domicile.

Les immeubles ne sont pas de même; ils ont une situation fixe & invariable. C'est la Loi du Pays où ils sont situés, qui les gouverne. Delà, ils sont regis par autant de Loix qu'ils ont, chacun en particulier, d'assiettes différentes.

Ces observations s'appliquent d'elles-même à notre Article. On y suppose un Testateur domicilié dans le Pays de Droit écrit qui a fait son Testament avec les formalités qui y sont prescrites, c'est-à-dire, avec institution d'héritier; car l'institution d'héritier est le caractere distinctif du Testament en Pays

de Droit. Cette inſtitution d'héritier aura, ſans contredit, ſon effet pour tout le mobilier & autres droits qui ſont attachés à la perſonne du Teſtateur, & même pour les immeubles ſitués en Pays de Droit écrit. Mais que deviendra-t-elle, ſi le Teſtateur poſſede auſſi des biens en Pays Coutumier, où l'on ne connoît point d'inſtitution d'héritier ?

Notre Article diſtingue à cet égard; ſi cette inſtitution eſt pour une univerſalité en tout ou en partie, elle vaudra comme legs univerſel; ſi au contraire elle n'a pour objet que certains effets particuliers, elle tiendra lieu de legs particulier. En effet ſi l'inſtitution d'Héritier n'eſt point admiſe en pays Coutumier, ce n'eſt pas qu'elle y ſoit regardée comme nulle, mais ſeulement comme inutile & ſuperflue. C'eſt ce que nous apprend la Coutume de Paris, qui forme le Droit commun du pays Coutumier ſur cette matiere; en voici les termes : *inſtitution d'Héritier n'a lieu.* C'étoit tout ce que portoit l'ancienne Coutume. Mais les ſçavans Redacteurs de la nouvelle, craignant qu'on ne put induire de-là, que toute inſtitution étoit nulle en ſoi, ajouterent à l'Article cette explication qui leve tous les doutes : *c'eſt-à-dire, qu'elle n'eſt requiſe & néceſſaire pour la validé d'un Teſtament, mais ne laiſſe de valoir la diſpoſition, juſqu'à la quantité de bien, dont le Teſtateur peut valablement diſpoſer par la Coutume.* (a)

La Coutume d'Auvergne porte de même (b) qu'*inſtitution d'Héritier n'a lieu, & eſt*

(a) Paris, Article CCXCIX.
(b) Auvergne, chap. 12. Article X.

réputé icelui institué, Légataire. Notre Ordonnance a fait, de cette sage disposition, une Loi générale pour toutes les Coutumes du Royaume ; ce qui faisoit auparavant beaucoup de difficulté dans plusieurs, comme Chaumont, Vitri, Nivernois, Montargis, Bourbonnois, Blois & Senlis, qui portent ; *qu'institution d'Héritier n'a point de lieu au préjudice des plus prochains habiles à succéder.* D'où plusieurs Commentateurs faisoient résulter une nullité absolue de l'institution. *Nec in vim quidem legati valet sub hâc consuetudine,* dit Dumoulin, écrivant sur la Coutume de Vitri. Mais tous les doutes à cet égard sont maintenant applanis par l'Ordonnance.

ARTICLE LXIX.

La disposition de l'Article précedent aura lieu, encore que le Testateur domicilié en Pays de Droit écrit, ait fait son Testament dans un Pays où ce droit n'est point observé. Et en cas que ledit testament ne contint qu'un ou plusieurs legs universels, sans institution, ils vaudront comme institution dans les Pays de Droit écrit pour les biens qui y sont situés ou qui suivent la personne, & seulement

comme legs universel pour les immeubles situés en d'autres Pays.

Comme c'est le lieu où le Testament a été fait qui en régle les formalités, un Testament fait en pays Coutumier, avec les solemnités qui y sont en usage, par une personne domiciliée en pays de Droit écrit, a toujours été réputé valable, sur tout s'il contenoit institution d'héritier. Mais s'il n'en contenoit pas, la difficulté étoit plus grande. Plusieurs regardoient ce défaut comme une nullité essentielle, se fondant sur ce que l'institution d'héritier, en pays de Droit écrit, n'est point une simple formalité, & qu'elle tient lieu de disposition.

Cependant la Jurisprudence contraire a prévalu non seulement au Parlement de Paris, (*a*) mais même dans tous les Parlemens de Droit écrit. (*b*) En effet, comme l'observe fort bien Bretonnier sur Henrys, les Notaires ne sont pas obligés de sçavoir toutes les formalités de chaque pays; il suffit qu'ils sachent celles du lieu de leur résidence.

C'est en conséquence de ce principe que notre Ordonnance, après avoir réglé dans l'Article précédent, qu'en pays Coutumier les institutions d'hérititiers vaudroient comme Legs universels, décide dans celui-ci, que les

(*a*) Brodeau sur Louet, lettre C. chap. 42. nombre 56, 57. & 58.
Henrys, Tome 2. liv. 5. quest. 32.
(*b*) Guy-Pape, quest. 262.
Expilly, chap. 78.
Maynard, liv. 5. chap. 92.
La Peyrere, lettre T. nomb. 40.

Legs universels tiendront lieu d'institutions d'héritiers, lorsque le Testament sera fait en pays Coutumier.

ARTICLE LXX.

Dans le cas porté par l'Article précedent, de quelque maniere que le Testateur ait fait une ou plusieurs dispositions universelles, soit à titre d'institution ou à titre de legs universel, son testament ne poura être attaqué par le vice de la prétérition, lorsqu'il y aura fait des legs, soit universels ou particuliers, à chacun de ceux qui ont droit de légitime, quelques modiques que soient lesdits legs, lesquels vaudront en ce cas comme institution d'heritier, sauf l'action en supplément de légitime; ainsi qu'il est porté en l'Article LII. *Mais si le testateur n'a rien laissé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, ledit testament sera déclaré nul,*

quant aux dispositions universelles seulement.

Il y a eu variation dans la Jurisprudence sur la question de sçavoir, si la prétérition des Descendans ou Ascendans annulloit un Testament fait en pays Coutumier par un Habitant du pays de Droit écrit. Bretonnier sur Henrys, rapporte un Arrêt rendu, lui plaidant, en l'année 1692. qui a confirmé un Testament fait à Paris, par une Dame domiciliée à Montbrison, & dans lequel elle avoit passé sous silence sa fille aînée. *(a)*

D'un autre côté on trouve dans le Journal des Audiences (*b*) un Arrêt du premier Septembre 1661. qui a cassé le Testament d'un Enfant de Lyon, fait à Paris, pour avoir passé son ayeule.

On peut dire en faveur de ce dernier Arrêt que la prétérition est moins un défaut de formalité, qu'une injure faite à la nature, dont les sentimens ne doivent point changer, en changeant de climats. C'est aussi ce qui a déterminé le Législateur à prendre sur cela un temperamment très-juste dans notre Article. Ceux qui ont droit de Légitime, éprouvent-ils quelques libéralités de la part du Testateur, soit à titre de legs universels, soit à titre de legs particuliers ? Ces libéralités leur tiendront lieu d'institution, sauf l'action en supplément de légitime, s'ils n'y trouvent pas un équivalent. Mais si l'on n'y

(*a*) Observations sur Henrys, Tome 2. liv. 5. quest. 32.

(*b*) Journal des Audiences, liv. 4. chap. 40.

laisse rien à quelqu'un des Légitimaires, les dispositions universelles, qu'on regarde en ce cas comme tenant lieu d'institution, demeurent caduques. Le surplus du Testament, pour les dispositions particulieres, n'en est pourtant point alteré, suivant la Novelle CXV. qui veut que le vice de l'institution ne fasse aucun tort aux legs, & aux autres dispositions du Testament. C'est pour cette raison que notre Article porte ; *ledit Testament sera déclaré nul, quant aux dispositions universelles seulement.*

ARTICLE LXXI.

Lorsque le Testateur sera domicilié dans un Pays où le Droit écrit n'est pas observé, & qu'il aura fait un Testament contenant institution d'héritier, elle n'aura son effet que pour les immeubles situés en Pays de Droit écrit ; & à l'égard des autres immeubles, ensemble des meubles, droits & actions qui suivent la personne, elle ne vaudra que comme legs universel ou comme legs particulier, suivant la disposition portée par l'Article LXVIII.

Les trois Articles précédens ont eu pour

objet le Teſtament fait par une perſonne domiciliée en pays de Droit écrit, & qui poſſéde des biens tant en pays de Droit écrit qu'en pays Coutumier. Le préſent Article & le ſuivant au contraire ſuppoſent quelqu'un domicilié en pays Coutumier, & qui a des biens en Pays Coutumier & en pays de Droit écrit en même tems.

L'Ordonnance ſuit, dans cette ſeconde ſuppoſition, les mêmes régles qu'elle s'eſt preſcrites dans la premiere. Par l'Art. LXVIII. elle décide que l'inſtitution d'héritier faite par un Teſtateur domicilié en pays de Droit écrit, comprend non-ſeulement les immeubles ſitués en pays de Droit écrit, mais encore tous les meubles & autres droits & actions qui ſuivent la perſonne; parce que c'eſt le domicile qui, de droit, régle la ſucceſſion mobiliaire; & à l'égard des immeubles, ſis en pays Coutumier, cette inſtitution ne vaut que comme Legs. De même, *vice verſâ*, le préſent Article veut que l'inſtitution d'héritier émanée d'un Teſtateur domicilié en pays Coutumier, n'ait ſon effet que pour les immeubles ſitués en pays de Droit écrit, & qu'elle ſoit réputée Legs univerſel ou particulier, pour les immeubles ſitués en pays Coutumier, & pour les meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne.

ARTICLE LXXII.

La diſpoſition de l'Article précedent ſera obſervée en quelque lieu que le teſtament ait été fait; & ſi le-

dit testament ne contient point d'institution d'heritier, les dispositions universelles qui y seroient portées, ne seront exécutées que comme legs universels, même dans les Pays de Droit écrit.

Il y a deux parties essentielles à distinguer dans cet Article.

La premiere est celle par laquelle on confirme la disposition de l'Article précédent, dans quelque lieu que le Testament ait été fait ; c'est-à-dire, qu'un Testament contenant institution d'héritier, fait par un homme domicilié en pays Coutumier, ne vaut, par raport à l'institution, que pour les immeubles situés en pays de Droit écrit, quel que soit le lieu où le Testament à été passé ; parce que l'institution n'étant point une formalité extrinseque de l'Acte, le Testateur, en la faisant insérer dans son Testament, n'est censé avoir eu en vuë que les biens pour lesquels cette institution est requise par la Loi du territoire.

Par la seconde disposition au contraire, il est décidé que si le Testament ne contient point d'institution, les dispositions universelles ne seront envisagées que comme Legs universels, même pour les biens des pays de Droit écrit. La raison en est puisée dans l'intention présumée du Testateur. En effet un homme domicilié en pays de Coutume, élevé dans les maximes qui les régissent & dont l'esprit est contraire à l'institution d'héritier, doit être

présumé n'avoir voulu faire aucune institution d'héritier, même pour les biens des pays de Droit écrit, lorsqu'il n'y a point de disposition formelle à cet égard dans son Testament.

ARTICLE LXXIII.

Dans tous les cas où suivant la disposition des Art. LXVIII. LXIX. LXX. & LXXI. les institutions d'héritier ne vaudront que comme legs universels, ou comme legs particuliers, elles seront sujettes à délivrance & aux réductions portées par les Coutumes ; & réciproquement dans tous les cas où les dispositions universelles, vaudront comme institution d'héritier, ceux au profit desquels elles seront faites, auront les mêmes avantages, & seront sujets aux mêmes Loix que les héritiers institués.

Cette alternative est des plus justes. Effectivement ce n'est point à la dénomination, mais à la nature de la chose, qu'il faut s'arrêter. Lorsqu'une institution d'héritier est dans le cas de ne valoir qu'en qualité de Legs universel, comme elle cesse dès-lors d'être véritablement institution, elle doit être dépouil-

lée des priviléges qui y sont attachés, & être assujettie tant à la délivrance qu'aux réductions Coutumieres, qui ont lieu par rapport aux Legs.

Par la même raison au contraire, lorsqu'un Legs universel vaut comme institution, il en prend tous les priviléges, & les caracteres.

TITRE IV.

De quelques dispositions particulieres.

LE Législateur a ajouté, à la fin de son Ordonnance, plusieurs dispositions particuliéres que l'on a cru devoir rassembler sous un même titre; quoique plusieurs n'ayent, entre elles, aucune sorte de liaison.

Les Art. LXXIV. & LXXV. reglent ce qui doit être observé dans les Coutumes de Normandie, de Bourgogne & de Bourbonnois, par rapport à la survie qu'exigent ces Coutumes, relativement à certaines espéces de dis-

poſitions Teſtamentaires.

L'Art. LXXVI. abroge les clauſes dérogatoires, & le LXXVII. les Teſtamens mutuels.

L'Article LXXVIII. aſſujettit même la cauſe pie, aux formalités de l'Ordonnance.

L'Article LXXIX. déclare ne rien innover en ce qui concerne la qualité & la quotité des biens, l'ouverture, l'enregiſtrement & la publication des Teſtamens, la nomination & les fonctions des Exécuteurs Teſtamentaires.

Enfin les trois derniers Art. LXXX. LXXXI. & LXXXII. réglent les différens effets de la datte des Teſtamens, relativement à l'Ordonnance.

ARTICLE LXXIV.

L'Article CCCCXXII. de la Coutume de Normandie, qui exige la ſurvie de trois mois pour la validité des teſtamens ou autres diſ-

positions à cause de mort concernant les biens d'une certaine nature, sera regardé comme un Statut réel, & en conséquence ledit Article aura son plein & entier effet pour les biens de ladite nature situés dans des lieux régis par ladite Coutume, & n'en aura aucun pour les biens étant en d'autres Pays; le tout en quelque lieu que celui qui aura fait la disposition, ait son domicile, ou qu'il ait disposé.

Voici ce que porte l'Article CCCCXXII. de la Coutume de Normandie dont il est ici question; *Homme n'ayant enfans, peut disposer par Testament ou donation à cause de mort, du tiers de ses acquêts & conquêts immeubles, à qui bon lui semble, autre toutefois qu'à sa femme & parent d'icelle, pourvû que le Testament ou donation soit faite trois mois avant le décès, & qu'il n'ait disposé dudit tiers entre-vifs.* Ainsi dans la Coutume de Normandie, un homme qui n'a point d'enfans, peut disposer par Testament du tiers de ses acquêts & conquêts seulement, à trois conditions; la premiere, que ce sera en faveur de tout autre que de sa femme & des parens d'icelle: la seconde, qu'il n'ait point déja absorbé ce tiers des acquêts & conquêts, par des Donations entre-

vifs ; la troisiéme enfin, qu'il survive trois mois à sa disposition testamentaire.

De-là, s'est élevée une question importante entre les Jurisconsultes de cette Province, c'est de sçavoir, si le statut porté par l'Article CCCCXXII. étoit personnel ou réel.

Ceux qui tenoient pour la personnalité, se fondoient sur ce que la prohibition d'aliener au de-là du tiers des acquêts & conquêts, & la survie de trois mois, étoient imposées à la personne ; d'où ils concluoient que c'étoit la personne seule qu'il falloit considérer, & non la chose dont on disposoit.

Mais Basnage, l'un des plus accrédités Commentateurs de la Coutume de Normandie, s'est déclaré pour l'opinion contraire. « Il » est sans doute, (dit-il, en traitant cet Ar- » ticle) que dans toutes les dispositions pro- » hibitives de vendre ou de donner, cette » prohibition ne soit plus réelle que person- » nelle, lorsqu'elle concerne principalement » la chose, & qu'elle est la cause impulsive » & finale de la Loi. Or quand la Coutume » défend au mari de donner à sa femme, » elle se propose pour fin la conservation du » bien dans les familles ; & afin que par les » flatteries & les artifices d'une femme, ils » ne passent point d'une famille à l'autre. Il » est vrai que la Loi considere aussi l'intérêt » de la personne, & qu'elle veut empêcher, » en lui défendant de donner entre-vifs, qu'il » ne soit dépouillé de son bien. Mais outre » que cette raison cesseroit pour les Dona- » tions testamentaires, qui n'ont d'effet qu'a- » près la mort, la Loi ne considere pas seu- » lement l'intérêt du mari, mais principale-

» ment

» ment celui des héritiers & de la famille ;
» & encore que les biens soient accessoires à
» la personne, & non la personne aux biens,
» il faut s'attacher à l'intention de la Loi, la-
» quelle défendant l'aliénation de la chose,
» sa prohibition devient réelle, en sorte qu'el-
» le ne peut jamais être restreinte. Que si le
» fait de la personne suffit pour faire céder
» la réalité des Coutumes à la personnalité,
» il s'ensuivra que les Coutumes sont illusoi-
» res, & qu'elles défendent inutilement de
» vendre ou de donner, puisqu'il ne faut
» que contracter hors de son territoire, pour
» rendre sa disposition sans effet ; il ne suffit
» donc pas que la personne puisse faire une
» chose suivant la Coutume du lieu où elle
» contracte ; il est absolument nécessaire que
» la disposition de la chose dont il contracte
» lui soit permise par la Coutume du lieu de
» sa situation. Car la disposition de la Loi
» doit être plus forte que celle de l'homme
» pour les choses qui lui sont soumises ; &
» comme elle n'a point de pouvoir, sur la
» personne qui n'est point domiciliée dans son
» détroit, aussi la personne à laquelle elle ne
» peut commander, ne lui peut faire la Loi
» dans son territoire. »

C'est d'après ces raisons puissantes, que notre Ordonnance décide, que la disposition de la Coutume de Normandie portée dans l'Article CCCCXXII, sur tout quant à la nécessité de la survie de trois mois, doit être regardée comme un statut réel, qui n'assujettit que les biens situés dans cette Coutume.

ARTICLE LXXV.

Voulons pareillement que les dispositions de l'Article VI. du titre VII de la la Coutume du Duché de Bourgogne, & de l'Article CCXVI. de la Coutume du Bourbonnois, sur la nécessité de la survie pour la validité des Actes de partage entre enfans & descendans, ayent leur entier effet, lorsque les biens compris dans lesdits Actes seront situés dans les lieux régis par lesdites Coutumes; & que lesdites dispositions n'en ayent aucun, lorsque lesdits biens seront situés ailleurs; & en cas que partie des biens soit située dans l'étendue desdites Coutumes & partie dans les Pays où la condition de la survie pour lesdits Actes n'est point exigée, les contestations qui pouront naître, pour sçavoir si lesdits Actes doivent avoir effet en partie, ou n'en avoir

aucun pour le tout, seront décidées par les Juges qui en doivent connoître, ainsi qu'elles ont pû ou dû l'être par le passé, jusqu'à ce qu'il ait été par nous pourvû, ainsi qu'il appartiendra.

Ce n'est pas seulement dans les Pays de Droit écrit que les partages des peres & meres entre leurs enfans & descendans, ont été acceuillis favorablement; plusieurs de nos Coutumes les ont autorisés par des dispositions textuelles. De ce nombre sont celles du Duché de Bourgogne & du Bourbonnois, Mais chacune de ces Coutumes exige, de la part du Testateur, une survie. La premiere la requiert de 20 jours, la seconde de 40 jours. En conséquence, on a demandé, si cette nécessité de survie étoit un statut réel ou personnel. Cette question s'est agitée au Parlement de Dijon, où elle a été jugée, après bien des débats & des contradictions. Taisan, sur l'Article en question, rapporte un Arrêt dont voici l'espece. Le nommé Romain Loyat domicilié en Bourgogne, eut dessein d'avantager par son Testament son fils plus que sa fille. Mais son état ne lui permettant pas d'espérer de pouvoir survivre les 20 jours qu'exigeoit la Coutume, il se fit transporter en Mâconnois; il y fit un Testament, par lequel il institua sa fille son héritiere particuliere en la somme de 600 liv. & son fils son héritier universel pour le surplus de ses biens. Après

ſa mort, ſon Teſtament donna lieu à une conteſtation portée d'abord devant les Juges de Châlons, qui confirmerent le Teſtament pour les biens ſitués en Mâconnois ſeulement ; & à l'égard des biens ſitués en Bourgogne, il fut dit qu'ils ſeroient partagés *ab inteſtat*. Appel de la part de la fille au Parlement de Dijon. Son principal moyen étoit que la capacité perſonnelle du Teſtateur étant reglée par la Coutume de ſon domicile, le Teſtament dont il s'agiſſoit devoit être déclaré nul, faute de ſurvie, tant pour les biens ſitués en Mâconnois que pour ceux de Bourgogne.

Le fils oppoſoit au contraire, que les ſtatuts étant réels, ſe renfermoient exactement dans leur reſſort : & qu'ainſi on ne pouvoit étendre la diſpoſition de la Coutume de Bourgogne aux biens ſitués dans le Mâconnois. L'Avocat Général qui porta alors la parole, ſe déclara auſſi en faveur de la Sentence. Cependant la cauſe, après avoir été d'abord appointée au Conſeil, fut enſuite jugée définitivement par Arrêt du 12 Juin 1646. qui infirma la Sentence, & ordonna que la ſucceſſion ſeroit partagée *ab inteſtat*, pour tous les biens indiſtinctement.

Cela préſupoſé, revenons à notre Article. On y ſuppoſe deux cas ; l'un où tous les biens ſont ſitués dans les Coutumes qui preſcrivent la ſurvie ; l'autre où partie des biens ſont ſitués dans ces Coutumes, & partie dans des Pays où cette ſurvie n'a point lieu.

Dans le premier cas, l'Ordonnance décide, que cette ſurvie aura ſon effet. Ainſi point de difficulté à cet égard.

Mais dans le ſecond cas, elle laiſſe ſubſiſ-

ter la Jurisprudence différente des Tribunaux, où les contestations à naitre sur ce point, pourront être portées; en attendant un Reglement que notre Ordonnance annonce à ce sujet, & qui paroît en effet fort à désirer, pour faire cesser la diversité des Jurisprudences des diverses Provinces, & l'incertitude de celles qui n'en auroient point encore de propre à ce sujet.

ARTICLE LXXVI.

Abrogeons l'usage des clauses dérogatoires dans tous testamens, codiciles ou dispositions à cause de mort. Voulons qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles & de nul effet, en quelques termes qu'elles soient conçues.

Les clauses dérogatoires n'étoient autre chose, que des déclarations insérées dans un Testament ou Codicile, portant que le Testateur n'entendoit point, qu'aucun autre Testament ou Codicile qu'il pourroit faire dans la suite, fut suivi & exécuté, à moins qu'il ne contint cette clause, *Vierge Marie, ayez pitié de moi*, ou tel autre passage latin ou françois qu'il plaisoit au Testateur de faire insérer. (*a*)

(*a*) Ricard des Donations part. 3. Chap. 2. sect. premiere nomb. 78 & suivant.
Henrys, liv. 5. chap. 2. quest. 13.

Les Loix & les Jurisconsultes qui ont admis l'usage de ces sortes de clauses, les ont regardées comme de justes précautions que prenoient ceux qui avoient lieu de craindre de ne pouvoir résister à des impulsions étrangeres, capables de leur faire faire dans la suite quelque chose contre leur volonté. (*a*)

Les meilleurs Jurisconsultes les avoient toujours envisagées, comme contraires aux vrais principes du Droit, & comme ne servant qu'à enfanter des procès. Cependant la Jurisprudence presque universelle des Parlemens du Royaume avoit prévalu en leur faveur, & toute la difficulté ne subsistoit plus que sur la maniere de les révoquer valablement par un Testament ou un Codicile postérieur. Pour cela on distinguoit de trois sortes de révocations, en matiere de clauses dérogatoires; sçavoir, la *générale*, la *spéciale* & l'*individuelle*.

La *genérale*, étoit celle par laquelle un Testateur révoquoit généralement tous les Testamens qu'il pouvoit avoir faits, quoiqu'ils continssent des clauses dérogatoires, dont il ne se souvenoit pas, & qu'il rappelleroit, s'il en avoit mémoire. Cette révocation a toujours été réputée insuffisante, si ce n'est dans le cas, où le Testament qui la renfermoit, contenoit institution d'héritier au profit des enfans du Testateur, qui dans le premier Testament avoit institué des étrangers ou des collatéraux. La faveur des enfans opéroit, dans ce cas, une exception à la regle. (*b*)

(*a*) *Leg. si quis in principio.* 22. *Dig. de legatis* 3.
(*c*) Henrys, Tome premier, liv. 5. chap. 2. quest. 13. Maynard liv. 5. chap. 19.

La révocation *spéciale*, étoit lorsque le Testateur rappelloit les principales circonstances de la clause dérogatoire, sans en énoncer formellement les termes ; comme lorsqu'il disoit, *je révoque le Testament que j'ai fait dans telle année, ou un tel jour, pardevant tel Notaire, en telle Ville, au profit d'un tel, contenant une clause dérogatoire, des termes de laquelle je ne me souviens pas.* Cette révocation a toujours été décidée suffisante, quand bien même, on n'y auroit spécifié que quelques-unes des circonstances.

Enfin la Révocation *individuelle* étoit celle par laquelle le Testateur rappelloit, dans le dernier Testament, les propres expressions dans lesquelles la clause dérogatoire étoit concuë. Cette derniere sorte de révocation n'a été jugée nécessaire que dans un seul cas ; c'est lorsqu'il s'agissoit de faire perdre, par un second Testament, l'institution qui avoit été faite, dans le premier contenant la clause codicillaire, au profit des Enfans du Testateur (*a*).

Toutes ces distinctions sur la maniere de révoquer les clauses dérogatoires, deviennent maintenant inutiles au moyen de l'abrogation faite par l'Ordonnance des clauses dérogatoires elles-mêmes. Le Législateur, a par ce moyen, sappé l'édifice dans son fondement. Rien en effet n'étoit plus contraire à la li-

Graverol sur la Rocheflavin, liv. 4. tit. 8 Article X.
Despeisses, Tome 2. pag. 99.
D'Expilly, chap. 79.
Catelan, Tome premier, liv. 2. chap. premier.
(*a*) Boniface, Tome 2. liv. premier, tit. 4. chap. premier
Papon, liv. 20. tit. premier, Art. IV.

berté naturelle que nous avons de changer de volonté jufqu'au dernier inftant de notre vie, que l'admiffion des claufes dérogatoires. Elles produifoient beaucoup plus d'inconveniens, que le mal auquel on avoit eu intention de remedier. Ainfi l'Ordonnance, en les abrogeant, a ramené la Jurifprudence à la vérité des principes, & a rempli le vœu des plus habiles Jurifconfultes qui ont traité cette matiere.

ARTICLE LXXVII.

Abrogeons pareillement l'ufage des teftamens ou codiciles mutuels, ou faits conjointement, foit par mari & femme, ou par d'autres perfonnes. Voulons qu'à l'avenir ils foient regardés comme nuls & de nul effet, dans tous les Pays de notre domination; fans préjudice neanmoins de l'exécution des Actes de partage entre enfans & defcendans, fuivant ce qui a été réglé ci-deffus, & pareillement fans rien innover en ce qui concerne les Donations mutuelles à caufe de mort, jufqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvû, fuivant la

réferve

réserve portée par l'Article XLVI. de notre Ordonnance du mois de Février 1731.

Abrogeons pareillement l'usage des Testamens ou Codiciles mutuels ou faits conjointement, soit par mari & femme, ou par d'autres personnes : voulons qu'à l'avenir ils soient regardés comme nuls & de nul effet.

Avant l'Ordonnance, une Jurisprudence presque générale dans tous les Parlemens du Royaume, admettoit les Testamens mutuels, sur tout ceux faits entre maris & femmes. (a) Ils n'étoient rejettés qu'au Parlement de Grenoble. (b) Toute la question rouloit sur leur révocabilité ou irrévocabilité.

On n'a jamais douté que les Testamens mutuels ne pussent être révoqués d'un consentement commun pendant la vie des deux personnes qui les avoient faits. Ils le pouvoient même être par la volonté d'un seul, en faisant signifier à l'autre son Acte de révocation. Brodeau sur Louet, & Ricard rapportent nombre d'Arrêts qui l'ont ainsi jugé (c).

Mais pouvoient-ils être révoqués après le

(a) Observations sur Henrys, Tome premier, liv. 5. chap. 4. quest. 34.

[b] Expilly, chap. 173.

(c) Brodeau sur Louet, lettre T. chap. 10. Ricard du Don Mutuel, chap. 5. sect. 7.

décès de l'un d'eux? C'eſt ce qui a partagé la Juriſprudence & les Juriſconſultes.

Pluſieurs Auteurs célébres ont prétendu qu'après le décès de l'une des parties, le Teſtament mutuel devenoit une Loi néceſſaire pour le ſurvivant & qu'il paſſoit en force de Contrat à ſon égard. Cependant il eſt peu de Parlemens où l'on ait admis cette irrévocabilité.

Dans celui de Paris, on a permis au ſurvivant de révoquer le Teſtament mutuel, pourvû que les choſes fuſſent entieres, c'eſt-à-dire, pourvû qu'il ne ne l'eut point accepté ou exécuté (*a*).

Dans d'autres, comme à Bordeaux, le ſurvivant pouvoit le révoquer, même après l'exécution & l'acceptation : pourvû qu'il renonçât aux avantages à lui faits par le prédécédé (*b*).

Mais dans quelqu'autres, comme aux Parlemens de Toulouſe & de Provence, on admettoit la révocation en faveur du ſurvivant, nonobſtant ſon acceptation; & on lui conſervoit encore les avantages à lui faits par le Prédécédé (*c*).

Pour éviter à l'avenir une auſſi grande contrariété de Juriſprudence, l'Ordonnance proſcrit entierement les Teſtamens mutuels par quelques perſonnes qu'ils ſoient faits.

[*a*] Henrys, Tome premier liv. 5. queſt. 34.
[*b*] La Peyrere, lettre T. nomb. 61, 62, & 63.
Journal du Palais Tome premier page 9.
[*c*] Maynard, liv. 5. chapitre 97.
Cambolas, liv. 4 chap. 43.
Catelan, Tome premier, liv. 2. chap. 35.
Deſpeiſſes, Tome 2. page 82.

Sans préjudice néanmoins de l'exécution des Actes de partage entre enfans & descendans suivant ce qui a été reglé ci-dessus.

C'étoit un ufage très-fréquent en pays de Droit écrit, que les Peres & Meres, qui ayant Enfans, faifoient entr'eux un Teftament mutuel, en même tems qu'ils inftituoient le furvivant d'eux pour héritier, le chargeoient de remettre la fucceffion aux Enfans; foit en laiffant au furvivant la liberté d'élire l'un d'entr'eux pour héritier; foit en faifant, par le Teftament même, d'autres arrangemens pour le partage de leur fucceffion entre leurs Enfans, après le décès de l'un & de l'autre.

Comme l'inftitution d'héritier eft la bafe de tout Teftament en pays de Droit écrit, l'abrogation des Teftamens mutuels auroit pu faire naitre une difficulté : ç'auroit été de fçavoir, fi l'inftitution tombant par la nullité du Teftament mutuel, le partage de la fucceffion des Peres & Meres, faite entre les Enfans par un pareil Teftament qui n'en eft qu'une fuite, ne doit pas tomber du même coup ?

Mais le Légiflateur a prévenu la queftion, en décidant dans l'Article dont il s'agit, que la nullité des Teftamens mutuels ne pourroit préjudicier à l'exécution des partages entre Enfans & defcendans, qui y feroient contenus; rien ne peut balancer la faveur de ces fortes d'Actes, des Peres & Meres relativement à leurs Enfans. Ils font les premiers Magiftrats de leur famille. Ils en connoif-

ſent mieux que perſonne, le fort & le foible. Qui pourroit conſéquemment y dicter des Loix plus équitables ?

Et parcillement ſans rien innover en ce qui concerne les donations mutuelles à cauſe de mort, juſqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvû, ſuivant la réſerve portée par l'Article XLVI. de notre Ordonnance du mois de Février 1731.

Voir ce qui a été ci-devant ſur l'Article XLVI. de l'Ordonnance des Donations, pages 209 *& ſuivantes.*

ARTICLE LXXVIII.

Toutes les diſpoſitions de la préſente Ordonnance, ſoit ſur la forme ou ſur le fond des teſtamens, codiciles ou autres Actes de derniere volonté, ſeront exécutées; encore que leſdites diſpoſitions, de quelque eſpece qu'elles ſoient, euſſent la cauſe pie pour objet.

Les diſpoſitions pieuſes avoient toujours joui, juſqu'à l'Ordonnance, de la préroga-

tive singuliere d'être exemptes de formalités. De sorte que, dans le cas même où un Testament étoit annullé par le défaut de forme, on étoit dans l'usage de maintenir l'exécution des legs pieux. (a) Cependant quelque favorable que soit la cause pie, elle ne peut régulierement être affranchie de formalités qui n'ont pour objet unique que de rendre plus sûres & plus authentiques les dernieres volontés des hommes. S'il en étoit autrement, & si l'on laissoit cette porte ouverte à la suggestion, combien de gens en profiteroient, pour dépouiller les familles de biens, que la loi du sang, le bien public, l'œconomie générale de la société, tout en mot concourt à leur conserver.

ARTICLE LXXIX.

N'entendons comprendre, dans la présente Ordonnance, ce qui concerne la qualité ou la quotité des biens dont le testateur peut disposer, ni pareillement ce qui regarde l'ouverture, l'enregistrement & la publication des testamens ou autres Actes de derniere volonté, nomination & fonctions des exécuteurs testamentaires; sur tous lesquels

(a) Bretonnier sur Henrys, Tome 2. liv. 1. quest. 13

points il ne sera rien innové en vertu de notre présente Ordonnance, aux dispositions des Loix ou usages qui sont observés à cet égard.

N'entendons comprendre, dans la présente Ordonnance, ce qui concerne la qualité ou la quotité des biens dont le Testateur peut disposer.

Suivant le Droit Romain(*a*) & conséquemment dans tous les pays qui se régissent par le Droit écrit, on peut disposer de tous ses biens par Testament, pourvû qu'on laisse la légime aux Enfans & aux ascendans.

Mais en pays Coutumier, il y a presque autant de différences que de Coutumes, sur la *qualité* & la *quotité* des biens dont il est permis de disposer par Testament.

Dans plusieurs, & notamment dans celle de Paris, il est permis de disposer de tous les meubles & acquêts, & du quint des propres seulement (*b*).

Quelques-autres laissent la libre disposition du tiers de tous les biens, de quelque nature qu'ils soient (*c*).

Dans les unes, le Testateur peut disposer du quart de tous les biens seulement; (*d*) dans

[*a*] *Tot. tit. Cod. de inoff. Testam.*
(*b*) Coutume de Paris, Article CCXCII.
(*c*) Coutume de la Marche, Article CCXII.
(*d*) Coutume d'Auvergne, chap. 12. Article XLI. & XLIII.

les autres des meubles & acquêts & du tiers des propres (*a*).

Enfin on en trouve, qui ne donnent la liberté de disposer des meubles & acquêts, que lorsqu'on a des propres; (*b*) de sorte que, quand on n'a point de propres, les acquêts sont subrogés au lieu & place des propres, & s'il n'y a ni propres ni acquêts, les meubles tiennent lieu de propres. C'est ce qui leur a fait donner le nom de *Coutumes de subrogation*.

Telles sont les principales différences des Loix Coutumieres à cet égard. On en trouvera un détail plus étendu, dans la Conférence des Coutumes par Guenois.

Il auroit été à désirer que pour faire cesser cette varieté, on eut pu prendre un juste milieu, & ne laisser subsister, sur cet objet important, qu'une seule & unique Loi, pour tout le Royaume. Mais les inconvéniens sans nombre qui auroient pu en résulter, ont déterminé le Législateur à ne rien innover sur ce point.

Ni pareillement pour ce qui regarde l'ouverture, l'enregistrement & la publication des Testamens ou autres Actes de derniere volonté.

Il arrive très-souvent qu'un Testateur, pour rendre ses dernieres intentions plus secrettes lorsqu'il fait un Testament holographe, le cachette sous enveloppe, & le dépose en cet état chez un Notaire, ou bien le laisse tout

(*a*) Coutume de Meaux, Article XXVI.
(*b*) Coutume de la Rochelle Article XLIV.

cachetté parmi les papiers de ſa ſucceſſion. Dans ce cas, après la mort du Teſtateur, le Notaire à qui le dépôt en a été fait, ou qui le trouve parmi les papiers lors de l'inventaire, eſt obligé de le porter chez le Magiſtrat. Là, on en fait *ouverture*; on dreſſe un Procès-Verbal de l'état de la piéce, du nombre de ſes pages, des renvois, ratures & interlignes; & après que les blancs en ont été bâtonnés & les pages ſignées & paraphées par le Juge, le Teſtament eſt remis au Notaire, avec le Procès-Verbal *d'ouverture*, pour être mis au rang de ſes minutes, & en être délivré des expéditions à qui il appartient.

D'un autre côté quand les Teſtamens contiennent ſubſtitution, ils doivent être enregiſtrés & publiés, l'Audience tenante, dans la Juriſdiction Royale des lieux, conformément à l'Ordonnance de 1553. Mais cette Ordonnance ne déclaroit point nulles les ſubſtitutions faute de publication, & d'ailleurs ne preſcrivoit point le tems dans lequel elle devoit être faite, ſe contentant ſeulement de déclarer l'héritier reſponſable des dommages & intérêts des appellés à la ſubſtitution. L'Article LVII. de l'Ordonnance de Moulins ſuppléa à ces obmiſſions, en preſcrivant, à peine de nullité, de publier en jugement les ſubſtitutions & de les enregiſtrer au Greffe des Juriſdictions Royales les plus proches de la demeure des Teſtateurs ou Donateurs, & ce, dans ſix mois; à compter, quant aux ſubſtitutions Teſtamentaires, du jour du décès de ceux qui les auront faites; & à l'égard des autres, du jour que les Actes auront été paſſés.

Néanmoins comme le but de ces Ordon-

nances est d'empêcher, en rendant publiques les substitutions, que personne ne contracte avec celui qui en est grevé, il n'y a que les Créanciers ou les tiers acquéreurs qui puissent tirer avantage du défaut de publication. Mais les Arrêts, par une Jurisprudence constante, ont toujours regardé comme non recevables à en argumenter, les héritiers du grevé. En effet l'héritier n'étant qu'une seule & même personne avec le Défunt, peut-il exciper de ce dont on peut lui faire un crime, & prétendre nulle une substitution, qui ne l'est vis-à-vis d'un tiers, que parce que l'héritier grevé qu'il représente, n'a pas rempli les devoirs que la Loi lui imposoit, en la faisant publier & enregistrer ?

Nomination & fonctions des Exécuteurs Testamentaires : sur tous lesquels points il ne sera rien innové, en vertu de notre présente Ordonnance, aux dispositions des Loix, ou Usages qui sont observés à cet égard.

Comme, en pays de Droit écrit, l'héritier tire tout son droit du Testament, il est rare d'y voir nommer d'autres Exécuteurs Testamentaires.

Mais il n'en est pas de même en pays Coutumier : l'héritier du sang tient tout de la disposition de la Loi, de sorte qu'il regarde avec chagrin ce qui est distrait de l'héredité par un Testament. De-là, l'usage fréquent de nommer des Exécuteurs Testamentaires, dans les pays

que régiſſent les Coutumes. Cependant quand le Teſtateur n'en a pas nommé, il eſt cenſé s'en être rapporté à ſon héritier pour l'exécution de ſon Teſtament.

Quoique toutes les Coutumes ſemblent être d'accord, pour exiger que l'Exécuteur Teſtamentaire ſoit ſaiſi de quelques effets pour accomplir le Teſtament, elles ſont toutes très-différentes ſur la qualité & la quotité de ces effets.

La Coutume de Paris, veut que l'Exécuteur Teſtamentaire ſoit ſaiſi de tous les meubles; à moins que le Teſtateur n'ait ordonné qu'il ſera ſaiſi de ſommes certaines ſeulement. (a)

Celle de Blois, ordonne qu'il ne ſera ſaiſi des meubles que juſqu'à concurrence des Legs portés au Teſtament; mais que ſi les meubles ne ſuffiſſent pas, il ſoit ſaiſi d'immeubles juſqu'à la même concurrence (b).

La Coutume de Sens va plus loin; elle autoriſe l'Exécuteur Teſtamentaire à ſe ſaiſir des meubles & conquêts immeubles (c).

D'autres enfin, comme celle de Nevers, ajoutent que s'il n'y a point de meubles dans la ſucceſſion, l'Exécuteur Teſtamentaire doit le dénoncer en Juſtice aux héritiers, à ce qu'ils ayent à lui fournir, dans un certain délai, deniers ou meubles; & faute par eux de le faire, il peut, avec la permiſſion du Juge qui ne doit jamais la refuſer, vendre à faculté de rachat les immeubles de la ſucceſſion; & s'il ne trouve point d'acquéreur à cette condition,

(a) Paris, Article CCXCVII.
[b] Blois, Article CCLXXVII.
[c] Sens, Article LXXV.

il a la liberté d'en faire la vente pure & simple. (a)

L'Exécuteur Testamentaire est dans l'obligation de faire faire inventaire & ensuite de faire vendre les meubles.

Le tems de son exécution est limité à un an & un jour, après lequel tems il doit rendre compte aux héritiers, & leur remettre ce qui lui reste de deniers ou d'effets, les dispositions Testamentaires acquittées.

Voilà le précis de ce qui concerne les Exécuteurs Testamentaires & leurs fonctions. L'Ordonnance, bien-loin d'y rien changer, se refere au contraire aux anciennes Loix & usages qui ont eû cours jusqu'à présent sur cette matiere.

ARTICLE LXXX

Les Testamens, Codiciles ou autres Actes de derniere volonté, dont la rédaction ou la suscription auront une datte certaine & authentique avant la publication des présentes, par la présence & signature d'un Notaire, Tabellion, ou autre personne publique, ou qui auront été déposés chez un Notaire ou Tabellion ou dans un Gref-

[a] Nevers, chap. 33. Article II. & IV.

se ou autre dépôt public avant ladite publication, seront exécutés, ainsi qu'ils auroient pû ou dû l'être avant notre présente Ordonnance; & ce, encore que le Testateur ne soit décedé qu'après qu'elle aura été publiée.

C'est un principe certain, qu'une Loi nouvelle ne peut avoir un effet retroactif, & qu'elle n'assujettit que pour le tems postérieur à sa promulgation. De-là, les Testamens qui ont des dattes authentiques antérieures à la publication de notre Ordonnance, soit par eux mêmes, soit par leur dépôt chez un Officier, ne doivent point être jugés par les dispositions qu'elle contient, mais relativement à la Jurisprudence qui avoit lieu dans chaque pays, avant que l'Ordonnance intervint pour la fixer.

Le seul cas qui eût pû occasionner quelque difficulté à cet égard, auroit été, si le Testateur étoit décédé après la publication de cette nouvelle Loi. Alors il semble qu'on auroit pû lui reprocher de ne s'y être pas conformé, en abrogeant son premier Testament, & en en faisant un nouveau, avec toutes les formalités qu'elle exige. Mais un pareil reproche pourroit-il avoir un fondement légitime? Quoiqu'un Testament n'ait d'exécution qu'après le décès de son Auteur, il suffit que sa datte soit authentique avant l'Ordonnance, pour en assurer l'exécution. Peut-on me faire un crime de

n'avoir point observé une Loi que je ne connoissois pas, ni ne pouvois connoître lors de mon Acte? Vouloir m'obliger à le recommencer, parce que je survis à la publication de cette Loi, ce seroit indirectement lui donner un effet retroactif. Aussi est-ce par cette raison que notre Article ajoute; *&-ce, encore que le Testateur ne soit décedé qu'après qu'elle aura été publiée.*

ARTICLE LXXXI.

Et à l'égard des Testamens, Codiciles ou autres Actes de derniere volonté, dont la datte n'aura point été ou ne sera point devenue authentique, (suivant ce qui est porté par l'Article précédent,) avant la publication de la présente Ordonnance, voulons qu'elle soit observée en son entier, dans le jugement des contestations qui pouront naître au sujet desdits Actes; si ce n'est que le Testateur fut décedé avant la publication des présentes, ou dans l'année qui suivra immédiatement ladite publication, auquel cas lesdites contestations seront jugées ainsi qu'elles auroient

pû & dû l'être avant la présente Ordonnance.

L'Article précédent a réglé ce qui concernoit les Testamens qui avoient une datte certaine avant l'Ordonnance : celui-ci décide ce que l'on doit observer pour les Testamens dont la datte n'est point autentique, comme sont les Testamens holographes, dont il n'y a point de dépôt. Dans ces derniers cas, comme on est le maître de les antidatter ainsi qu'on le juge à propos, ç'auroit été laisser la liberté à un Testateur de se conformer ou non à l'Ordonnance, que de se décider par leur date. C'est pourquoi on n'y a aucun égard ; & ces sortes de Testaments sont astreints à l'exécution exacte & entiere de tout ce que prescrit la nouvelle Loi, si ce n'est dans deux cas.

Le premier, c'est lorsque le Testateur est lui-même décedé avant la publication de la Loi. On ne peut en effet craindre, en ce cas, d'anti-datte, ni soupçonner le Testateur d'avoir voulu se soustraire à l'observation de la Loi.

Le second cas est, lorsque le Testateur est décédé dans l'année de la publication de l'Ordonnance ; ce qui est une indulgence & un tempérament. L'on suppose alors, que le Testateur n'a point attendu au dernier instant, pour faire un pareil Testament, & qu'il peut très-bien arriver, que la confection en soit antérieure à l'Ordonnance. Cependant comme la supposition doit céder à la vérité, si la datte de ce Testament se trouvoit postérieure quoique dans l'année de la publication,

rien ne pouroit alors garantir le Testament du défaut d'exécution de la Loi.

ARTICLE LXXXII.

En cas que les Testamens, Codiciles ou autres dispositions holographes, se trouvent n'avoir point de datte, les contestations qui pouront naître sur la validité ou la nullité desdits Actes seront jugées suivant la jurisprudence qui a eu lieu jusqu'à present dans nos Cours à cet égard; & ce, lorsque le Testateur sera mort avant la publication de la présente Ordonnance, ou dans l'année qui suivra immédiatement ladite publication: & lorsqu'il ne sera décedé qu'après ladite année, la disposition des Articles XXXVIII. & LXVII. sur la nullité desdits Actes par le deffaut de la datte, sera également observée par toutes nos Cours & autres Juges.

Cet Article a pour objet les Testamens

holographes qui n'ont point de datte. L'Ordonnance diſtingue à leur égard, ſi le Teſtateur eſt mort avant ſa publication, ou dans l'année; ou s'il n'eſt décédé qu'après l'année.

Si le Teſtateur eſt décédé avant ou dans l'année de la publication, les conteſtations ſeront jugées ſuivant la Juriſprudence qui avoit lieu dans les Cours Souveraines avant l'Ordonnance; & rien n'eſt plus incertain que cette Juriſprudence. Ricard, (a) quoique d'avis de rejetter les Teſtamens holographes qui n'avoient point de datte, rapporte pluſieurs Arrêts qui ont décidé la queſtion diverſement. Bretonnier ſur Henrys (b) ſemble auſſi incliner pour le ſentiment de Ricard. Cependant il a été obligé de convenir, que la Juriſprudence n'étoit point encore conſtante au Palais ſur ce point.

Si au contraire la mort du Teſtateur eſt poſtérieure à l'année de publication de la Loi, les Teſtamens holographes doivent être déclarés nuls par le défaut de datte, d'après les Articles XXXVIII. & XLVII. de notre Ordonnance qui prononcent cette nullité.

Voulons au ſurplus que la préſente Ordonnance, ſoit gardée & obſervée dans tout notre Royaume, Terres & Pays de notre obéiſſance, à compter du jour de la publication

[a] Ricard des Donations part. premiere, chap. 5. ſect. 7. nomb. 1556. & ſuiv.

[b] Obſervations ſur Henrys, Tome premier, liv. 5. Queſt. 3.

ui

qui en sera faite. Abrogeons toutes Ordonnances, Loix, Coutumes, Statuts & Usages différens, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues. Si donnons en Mandement à nos Amés & Féaux les Gens tenans nos Cours de Parlement, Grand-Conseil, Chambre des Comptes, Cour des Aydes, Baillifs, Sénéchaux, & tous autres nos Officiers, que ces Présentes ils gardent, observent, entretiennent, fassent garder, observer & entretenir, & pour les rendre notoires à nos sujets, les fassent lire, publier & registrer. CAR *tel est notre plaisir. Et afin que ce soit chose ferme & stable à toûjours, Nous y avons fait mettre notre scel.* DONNÉ *à Versailles au mois d'Août, l'an de grace mil sept cens trente-cinq, & de notre Régne le vingtiéme, signé* LOUIS, *& plus bas, par le Roi, Phelypeaux. Visa Chauvelin. Et scellé du grand Sceau de cire verte, en lacs de soye rouge & verte.*

Datte des enregiſtremens des Cours Souveraines.

PARLEMENS.

D'Aix De Beſançon De Bordeaux, 20 Août De Dijon De Douay, 15 Juin De Grenoble De Metz De Paris, 3 Févrieɾ De Pau De Rennes, 26 Juin De Rouen, 10 Juillet De Touloufe *Conſeils Souverains.* D'Alſace De Rouſſillon, 24 Mai	1736.

FIN.

APPROBATION.

J'Ai lû par l'ordre de Monſeigneur le Chancelier le préſent Manuſcrit : & le Commentaire qu'il contient ſur les nouvelles Ordonnances, concernant les *Donations & les Teſtamens*, m'a paru auſſi exact que clair, & auſſi propre à faire connoître la néceſſité & la ſageſſe de ces deux Loix, qu'à en faciliter l'intelligence. A Paris ce trente Juin mil ſept cens cinquante-deux.

MAIGNAN DE SAVIGNY.

PRIVILEGE DU ROY.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROY DE FRANCE ET DE NAVARRE; A nos amés & féaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénechaux, leurs Lieutenans Civils & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra : SALUT. Notre amé le Sieur ***, Nous a fait expoſer qu'il deſireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre, *l'Eſprit des deux Ordonnances de Louis XV. ſur les Donations & Teſtamens*. S'il Nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce néceſſaires. A ces CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & per-

mettons par ces Préſentes, de faire imprimer ledit Ouvrage, en un ou pluſieurs volumes, & autant de fois que bon lui ſemblera, & de le faire vendre & debiter par tout notre Royaume, pendant le tems de *ſix* années conſécutives, à compter du jour de la datte des Préſentes. Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires, & autres perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance; comme auſſi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun Extrait ſous quelque prétexte que ce ſoit d'augmentation, correction, changement, ou autres, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts. A la charge que ces Préſentes ſeront enregiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la datte d'icelles; que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caractéres, conformément à la feuille imprimée, attachée pour modéle ſous le contreſcel des Préſentes; que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725; qu'avant de les expoſer en vente, le Manuſcrit qui aura ſervi de copie à l'impreſſion du-

dit Ouvrage, fera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Chancelier de France, le fieur de la Moignon, & qu'il en fera enfuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothéque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle de notredit très-cher & féal Chevalier Chancelier de France, le Sieur de Lamoignon, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Garde des Sceaux de France, le Sieur de Machault, Commandeur de nos Ordres; le tout à peine de nullité des Préfentes. Du conteuu defquelles vous mandons & enjoignons de faire jouïr ledit Expofant & fes ayans caufes pleinement & paifiblement, fans fouffrir qu'il leur foit fait aucun trouble ou empêchemegt. Voulons que la copie des Préfentes qui fera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, foit tenuë pour duement fignifiée, & qu'au copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Confeillers-Secrétaires, foi foit ajoûtée comme à l'original. Commandons au premier notre Huiffier ou Sergent fur ce requis de faire pour l'exécution d'icelles tous actes requis & néceffaires, fans demander autre permiffion, & nonobftant clameur de Haro, Chartre Normande & Lettres à ce contraires. CAR tel eft notre plaifir. Donné à Verfaille, le vingt-huitiéme jour du mois d'Août, l'an de grace mil fept cens cinquante-deux, & de notre Regne le trente-feptiéme.

Par le Roi, en fon Confeil.

Signé SAINSON, avec paraphe.

Regiſtré ſur le Regiſtre XIII. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 22. fol. 14. conformément au Réglement de 1723. qui fait défenſes, Article IV. à toutes perſonnes de quelque qualité qu'elles ſoient, autres que les Libraires ou Imprimeurs, de vendre, débiter & faire afficher aucuns Livres, pour les vendre en leurs noms, ſoit qu'ils s'en diſent les Auteurs ou autrement; & à la charge de fournir à la ſuſdite Chambre Royale neuf Exemplaires, preſcrits par l'Article 108. *du même Réglement. A Paris, le* 29. *Août* 1752.

Signé, DAVID, l'aîné, Adjoint.

De l'Imprimerie de C. F SIMON, Imprimeur de la Reine & de l'Archevêché, rue des Mathurins, 1752.




CE